MESURES FISCALES RECENTES : CHERCHE COHERENCE DESESPEREMENT …

Pierre-François COPPENS

Conseil fiscal IEC, Juriste

Gérant de la SCS PF COPPENS AND PARTNERS (www.coppensfiscaliste.be)

Chargé d'études à l'I.E.C. (Département fiscal)



INTRODUCTION

A/ L'INCOHERENCE DE QUELQUES DISPOSITIONS FISCALES RECENTES

A.1. Avantage en nature pour mise à disposition gratuite d'immeuble : un forfait qui ne tient plus compte de la réalité économique

A.2. Déclaration des assurances-vie : le nouveau tigre de papier ?

A.3. Un avantage de toute nature pour voitures de sociétés dont on cherche toujours la portée écologique

B/ L'INCOHERENCE FISCALE SUR LE PLAN DE LA « LEGISTIQUE »

Plus-values sur actions et gestion du patrimoine privé : un colmatage d'urgence générant deux alinéas totalement redondants

C/ LES INCOHERENCES RESULTANT DE LA SUCCESSION DES LOIS-PROGRAMMES OU DES LOIS PORTANT DES DISPOSITIONS FISCALES ET DIVERSES.

C.1. Le nouveau régime fiscal des revenus mobiliers instauré par la loi-programme du 27 décembre 2012.

C.2. La loi du 13 décembre 2012 portant des dispositions fiscales et financières : le passage au régime de réductions d'impôt des dépenses déductibles et ses effets dérivés

D/ L'INCOHERENCE DE LA DOCTRINE ADMINISTRATIVE FISCALE

D.1. Avantage de toute nature pour utilisation privée de voitures de société : des F.A.Q.'s qui ajoutent à la confusion ou qui se contredisent

D.2. Cotisation spéciale de 309 % : des tergiversations administratives qui donnent le tournis

D.3. Une interprétation restrictive de la notion de droits d'auteur qui crée la confusion

E/ UN MANQUE DE COHÉRENCE DE L'ADMINISTRATION FISCALE VIS-À-VIS DES PROFESSIONNELS DU CHIFFRE

CONCLUSION

INTRODUCTION

« Il est certains esprits dont les sombres pensées
Sont d'un nuage épais toujours embarrassées ;
Le jour de la raison ne le saurait percer.
Avant donc que d'écrire, apprenez à penser.
Selon que notre idée est plus ou moins obscure,
L'expression la suit, ou moins nette, ou plus pure.
Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement,
Et les mots pour le dire arrivent aisément.
(..)
Travaillez à loisir, quelque ordre qui vous presse,
Et ne vous piquez point d'une folle vitesse :
Un style si rapide, et qui court en rimant,
Marque moins trop d'esprit que peu de jugement. »

Nicolas Boileau , *L'art poétique*

Rédiger le droit est un art. Nos élus ne sont plus des artistes….Piqués d'une folle vitesse, pris dans le tourbillon des contraintes budgétaires, les auteurs de lois ont oublié d'apprendre à penser avant d'écrire. Ainsi est-il du droit fiscal où l'on se noie aujourd'hui dans un océan de textes législatifs et administratifs dont on ne perçoit plus ni le sens ni la finalité. On se désespère à trouver une direction, une vision. Les mesures fiscales récentes en matière d'impôt des personnes physiques illustrent à merveille que le temps de la recherche d'une cohérence minimale et d'une réflexion à moyen terme (nous n'osons même plus parler de long terme..) semble bien révolu. Une loi-programme vient corriger en urgence une précédente loi-programme dont l'encre est à peine séchée, on découvre que des taxations nouvelles (comme celle qui frappe le nouvel avantage de toute nature sur véhicules de sociétés) se révèlent, après-coup, contre-productives , de véritables « usines à gaz » (telle l'instauration d'une invraisemblable taxe complémentaire de 4% sur les revenus mobiliers supérieurs à 20.020 EUR) sont construites puis détruites, des circulaires administratives se contredisent, certains efforts précipités de l'administration pour « éclairer » le contribuable le plongent en définitive dans le plus grand désarroi, des mesures nouvelles heurtent le simple bon sens ou la réalité économique, l'impact d'une mesure n'est plus envisagé de manière objective, des colmatages sont réalisés dans l'urgence et abiment nos principes de droit fiscal pourtant élaborés et consolidés au fil des décennies, l'attitude de l'administration vis-à-vis des professionnels de la fiscalité devient contradictoire, ces derniers étant à appelés à collaborer avec elle de diverses manières mais aussi de plus en plus suspectés d'être à l'origine de tous les maux fiscaux de notre pays. Le tableau est certes sombre mais l'inflation normative et administrative de ces dernières années force ce constat. Le propos de cette contribution est d'illustrer, sans prétention, par quelques exemples emblématiques et non exhaustifs choisis parmi les nombreuses lois ou circulaires récentes, cette perte progressive de cohérence fiscale. Les contribuables et citoyens que nous sommes méritent que l'on revienne à une autre manière de concevoir et d'interpréter les lois fiscales. Combien de « *lois (fiscales) inutiles affaiblissent des lois nécessaires.* » L'ombre tutélaire de Montesquieu ne plane plus sur ceux qui nous gouvernent et nous dictent leur(s) loi(s).

A/ L'INCOHERENCE DE QUELQUES DISPOSITIONS FISCALES RECENTES

Nous avons sélectionné trois dispositions qui nous semblent fort critiquables et qui nécessiteraient d'être amendées : deux dispositions concernent les nouveaux calculs relatifs aux avantages de toute nature, la troisième ayant trait à l'obligation de déclarer les assurances-vie souscrites à l'étranger.

A.1. Avantage en nature pour mise à disposition gratuite d'immeuble : un forfait qui ne tient plus compte de la réalité économique

1. Avantage de toute nature et loyer réel. - Le dirigeant d'une société qui a acquis un immeuble sait qu'il ne doit pas oublier de déclarer l'avantage de toute nature, pour la partie de l'immeuble qu'il occupe à titre privé. Le montant de l'avantage de toute nature s'établit, depuis la loi-programme du 28 décembre 2011, comme suit : Revenu cadastral x 1,6349 (coefficient d'indexation 2012) x **3,8** (nouveau coefficient depuis 1/1/2012) x 100/60 (coefficient applicable aux maisons dont le revenu cadastral est supérieur à 745 EUR) x 5/3 (habitation meublée).

Cet avantage, presque doublé depuis 2012, doit être repris sur les fiches fiscales du bénéficiaire pour éviter le couperet de la cotisation spéciale de 309 %. Or, il arrive quelquefois que ce nouveau forfait très élevé soit d'un montant supérieur à la valeur locative de l'immeuble. Le fisc refuse toutefois qu'un loyer payé par le dirigeant se substitue à cet avantage. Nous sommes d'avis que la position de l'administration est contestable et qu'une autre interprétation pourrait être soutenue. Ainsi, dans la mesure où le loyer a fait l'objet d'une évaluation par un expert immobilier au prix du marché et qu'un bail est enregistré, il ne peut être question d'un avantage étant donné que le loyer payé par le gérant est conforme à la valeur du marché. L'article 18 AR/CIR s'intègre d'ailleurs dans la section intitulée « *Evaluation forfaitaire des avantages de toute nature obtenus autrement qu'en espèces* ». Or, dans l'hypothèse où le gérant verse à la société un loyer correspondant à la valeur du marché, la mise à disposition ne serait pas gratuite mais bien rémunérée. Soyons honnête : notre position se heurte encore et toujours à une opposition catégorique de l'administration Une réponse à une question parlementaire (question n° 319 du 6 avril 2012)[1] le confirme encore. Mais nous parions que l'histoire

---

[1] Question n° 319 de Mme Wouters dd. 06.04.2012, Questions et Réponses, Chambre, 2011-2012, n° 065, p.84-86 ; On peut y lire cette question : « *En exécution de l'accord de gouvernement, l'évaluation forfaitaire des avantages de toute nature pour la disposition gratuite d'immeubles et la fourniture gratuite du chauffage et de l'électricité (arrêté royal du 23 février 2012, Moniteur belge du 28 février 2012) a été fortement accrue.1. Si la société loue le bien immeuble à un prix conforme au marché de 700 euros par mois, alors qu'en vertu des nouvelles dispositions de l'article 18, § 3 de l'AR/CIR 92, l'avantage de toute nature estimé s'élève à 1000 euros par mois: a) est-il question d'un avantage de toute nature en raison de la mise à disposition gratuite d'un bien immeuble alors que le loyer (700 euros) est porté en compte au chef d'entreprise ou au travailleur? b) Est-il d'une disposition gratuite si seulement une partie du loyer (700 euros) est portée en compte? a) au loyer réel moins la contribution personnelle, ou; b) à l'évaluation forfaitaire conformément à l'article 18, § 3, AR/CIR 92 réduite de la contribution personnelle?* »La réponse du Ministre : « *Dans les deux cas visés par l'honorable membre, la société met à disposition de son dirigeant d'entreprise ou son travailleur un bien immobilier. La mise à disposition d'un bien immobilier à un dirigeant d'entreprise ou à un travailleur donne toujours lieu à l'imposition d'un avantage de toute nature dans leur chef et ce, conformément aux dispositions de l'article 18, § 3, 2, de l'arrêté royal d'exécution du Code des impôts sur les revenus 1992 (AR/CIR 92)».*

est loin d'être finie espérons que la jurisprudence infléchira cette approche étonnement rigide. L'administration ne cesse de marteler partout qu'une opération n'est fiscalement acceptable que si elle répond à des besoins économiques. En l'espèce la réalité économique justifierait que l'on se base sur une valeur locative de marché, ce que refuse systématiquement le fisc. Voilà qui est paradoxal !

2. Comparaison avec la requalification des loyers en rémunération. - Jusqu'à présent, l'administration n'accepte donc pas qu'un dirigeant paie à sa société un loyer conforme à la valeur de marché en lieu et place du nouvel avantage de toute nature pour mise à disposition gratuite qui est d'un parfois montant colossal. L'administration considère qu'un tel loyer peut, au mieux, s'imputer sur le montant de l'avantage mais ne peut s'y substituer. Nous voudrions démontrer à présent à l'aide d'un exemple concret que cette position est incohérente si l'on met en perspective le calcul forfaitaire de l'avantage en nature pour mise à disposition gratuite d'immeuble et le calcul de la requalification des loyers. Cet exemple s'inspire une analyse judicieuse développée par le professeur José Haustraete de l'Université de Gand[2]. Prenons le cas d'un immeuble appartenant au dirigeant dont le revenu cadastral s'élève à 800 EUR, alors que le loyer déduit par la société pour cet immeuble est de 12.000 EUR/an. Selon les règles de requalification des loyers, le montant maximum qui peut être taxé au titre de revenu immobilier s'élève à 5.467 EUR (5/3 x 800 EUR x 4,10) et la partie requalifiée en revenu professionnel est de 6.533 EUR (soit 12.000 EUR - 5.467 EUR). Autrement dit, selon cette règle, le loyer maximum forfaitaire est égal au revenu cadastral multiplié par **6,83** (5.468/800). Si l'on calcule à présent le montant de l'avantage en nature qui devrait être taxé en cas d'occupation gratuite par un dirigeant de cet immeuble (dont on suppose qu'il est à présent détenu par la société), on obtient, selon les nouvelles règles applicables depuis le 1[er] janvier 2012, 8.284 EUR (soit 800 EUR x 5/3 x 3,8 x 1,6349). La taxation représente donc, en vertu de la nouvelle formule, **10,35** fois le revenu cadastral (8.284/800). On constate que, pour la déduction des loyers, le « loyer normal » est déterminé de manière assez minimaliste alors que, quand il s'agit de taxer un avantage de toute nature, ce « loyer forfaitaire » fixé par l'administration est calculé de manière maximaliste. On reste perplexe face à une telle « élasticité fiscale ». L'administration choisit des règles différentes, et dans un sens qui lui est favorable, pour estimer ce qu'elle juge être un loyer forfaitaire de référence. Une telle discordance, qui résulte exclusivement de l'introduction de ce nouveau coefficient de « 3,8 », dans la loi-programme du 28 décembre 2011, n'est pas acceptable. Il est grand temps de revenir à une situation plus réaliste et plus équilibrée. Au delà d'un évident problème d'équité, c'est la cohérence de ce régime fiscal qui est en jeu.

A.2. **Déclaration des assurances-vie : le nouveau tigre de papier ?**

[2] J. Haustraete , « *Fiscaal recht of fiscaal krom ? », chronique que l'on retrouve sur son site professionnel*

1. Portée de l'obligation de déclaration.- La loi-programme du 27 décembre 2012 ajoute un second alinéa à l'article 317 du CIR. En plus de l'obligation de déclarer les comptes bancaires étrangers, le contribuable doit à présent mentionner dans sa déclaration fiscale l'existence des contrats d'assurance-vie individuelle souscrits à l'étranger. Les contrats visés sont tous contrats d'assurance-vie qui sont des assurances dans lesquelles la survenance de l'évènement assuré ne dépend que la durée de vie humaine (tels les produits des branches 21, 22 ou 23). Le gouvernement souhaite de la sorte mettre un terme aux pratiques de contribuables qui dissimulent leurs avoirs en recourant à des assurances-vie étrangères.[3] L'objectif est de resserrer un peu plus l'étau sur les gros détenteurs de capitaux qui ne jouent pas la transparence. Cette obligation n'a pas d'effet rétroactif, le Ministre des Finances ayant précisé, dans le rapport fait au nom de la Commission des Finances de la Chambre, en réponse à diverses interpellations de parlementaires, que «*l'obligation de déclaration ne s'appliquera que pour le futur, à dater de l'entrée en vigueur de la mesure (déclaration 2013)* ». En ce qui concerne la portée de l'obligation de déclaration, le Ministre ajoute que « *comme pour ce qui se fait à l'heure actuelle concernant la déclaration des comptes bancaires détenus à l'étranger, le contribuable devra seulement répondre par oui ou non, et indiquer le cas échéant le ou les pays dans lesquels les contrats d'assurance-vie ont été conclus.* » Le Ministre se prononce enfin sur la question délicate de la mise en place d'un cadastre des assurances-vie souscrites par les contribuables. Il déclare qu' « *il n'entre pas dans les intentions du gouvernement de mettre sur pied une banque de données des assurances-vie, comme on en a fait pour les comptes bancaires. C'est une discussion qui a déjà été menée en Commission au moment de la discussion sur la levée du secret bancaire, et on en a conclu à l'époque que les problèmes n'étaient pas comparables, pour la raison qu'il n'existe pas de secret des assurances comme il existe un secret bancaire ; dès lors l'administration fiscale est en droit de demander toutes les informations qu'elle juge utiles auprès des compagnies d'assurance, qui ne peuvent objecter une forme de secret.* ». C'est toutefois un peu vite oublier, comme le rappellent avec pertinence André Bailleux et Frédéric Janssen[4], qu'il existe de facto un secret en ce qui concerne les assurances étrangères, l'administration fiscale belge ne disposant pas du pouvoir d'exiger des informations vis-à-vis des compagnies d'assurance établies à l'étranger.

On observera aussi que ne sont visés que les contrats d'assurance vie conclus auprès d'une entreprise d'assurance établie à l'étranger. N'y a-t-il pas là en l'occurrence contrariété aux principes de droit européen, notamment la libre prestation de services et la liberté d'établissement au sein de l'Union européenne ?

2. Une absence de sanctions rendant le texte inefficace.- Ce qui frappe d'emblée, à l'examen de cette nouvelle disposition, c'est l'absence de sanctions spécifiques liées à la non-déclaration de l'existence de contrats d'assurance vie étrangers. Le délai d'imposition de trois ans ne sera pas élargi à sept ans en cas d' « oubli » de toute déclaration. Il faut rappeler que la jurisprudence avait autrefois rappelé que le seul fait de ne pas mentionner l'existence de comptes bancaires étrangers était insuffisant pour

[3] Cette obligation s'inscrit dans le prolongement d'une proposition de loi que M. Gilkinet (Ecolo) avait cosignée et dont l'objet était de « créer un registre des contrats d'assurance épargne et faciliter la perception du précompté mobilier sur les contrats d'assurance épargne conclus avec des établissements bancaires situés à l'étranger » (Doc 53 1331/001).

[4] Dans leur chronique publiée dans Libre Belgique le samedi 12 janvier 2013.

étendre le délai d'imposition. La Cour de cassation avait ainsi jugé que « *aux termes de l'article 354, alinéa 1er, du Code des impôts sur les revenus 1992, en cas d'absence de déclaration, de remise tardive de celle-ci, ou lorsque l'impôt dû est supérieur à celui qui se rapporte aux revenus imposables et aux autres éléments mentionnés sous les rubriques à ce destinées d'une formule de déclaration répondant aux conditions de forme et de délais prévues aux articles 307 à 311 de ce code, l'impôt ou le supplément d'impôt peut, par dérogation à l'article 359, être établi pendant trois ans à partir du 1er janvier de l'année qui désigne l'exercice d'imposition pour lequel l'impôt est dû. Est une absence de déclaration au sens de cette disposition l'absence totale de remise de la formule de déclaration prescrite pour l'exercice d'imposition concerné ou la remise d'une formule ne comportant pas les éléments essentiels de la déclaration. La mention « néant », que l'arrêté royal du 6 mars 2002 fixant le modèle de la partie 1 de la formule de déclaration en matière d'impôt des personnes physiques pour l'exercice d'imposition 2002 impose au contribuable d'apposer sous la rubrique destinée à la déclaration de l'existence de comptes à l'étranger, en l'absence de pareil compte, ne constitue pas un élément essentiel de la déclaration dont l'omission justifierait l'application de la disposition précitée.* »[5] La réaction à cette jurisprudence ne s'est pas faite attendre, puisqu'une disposition fiscale oblige désormais le contribuable à mentionner, outre l'existence de comptes bancaires à l'étrange, les numéros de ce (ou de ces) compte(s) étranger(s) sur la formule de déclaration. Cette mesure concernait déjà la déclaration fiscale de l'exercice d'imposition 2012 (revenus de 2011).

Faut-il en conséquence s'attendre à ce que législateur envisage une nouvelle loi correctrice pour prévoir une obligation spécifique de mentionner les coordonnées précises des contrats d'assurance vie étranger ?

En outre, des sanctions pénales ne sont pas d'office attachées à l'inobservation de la règle. Celle-ci suppose une intention frauduleuse ou un dessein de nuire qui, comme chacun sait, ne peut être présumée. La preuve de cette intention frauduleuse dépendra bien souvent d'autres comportements (comme la dissimulation antérieure de revenus imposables importants) que le fisc devra prouver et qui lui permettra d'affirmer que la dissimulation de l'existence d'un contrat d'assurance-vie étrangers ne peut s'expliquera que parce que les primes payées proviennent de bénéfices dissimulés.

Sans bâton, quelle est la réelle utilité de cette nouvelle obligation ? Selon le Ministre, "*l'important est de créer l'obligation de déclaration au niveau de la déclaration fiscale, qui met le contribuable en situation de devoir répondre. Psychologiquement, l'impact est important : il s'agit de répondre, par oui ou par non, à la question précise concernant les assurances vie. C'est déjà en soi un instrument qui améliore la position de l'administration vis-à-vis du contribuable, et l'administration pourra utiliser pour contrôler l'exactitude de la déclaration tous les moyens dont elle dispose*"[6]

Reste à savoir si la dimension psychologique de la mesure sera suffisante pour dissuader vraiment les fraudeurs à répondre positivement à la question demandée. Une telle disposition, non assortie d'une réelle sanction, révèle son incohérence et s'apparente comme ce fût le cas pour d'anciennes dispositions, à un simple tigre de papier. Mais l'histoire n'est pas finie.

[5] Cassation, 18 décembre 2009
[6] Rapport n° 53-2561/006, p. 35).

A.3. Un avantage de toute nature pour voitures de sociétés dont on cherche toujours la portée écologique

L'avantage de toute nature pour utilisation gratuite d'un véhicule de société présente aussi de solides défauts. Précisons d'emblée que tout laisse à penser aujourd'hui que les recettes fiscales tant espérées ne seront pas au rendez-vous. Selon certaines études, la mesure devrait même conduire à une perte de recettes de TVA et d'impôt des sociétés, en raison notamment de la diminution de nouvelles immatriculations.[7] Au-delà de ce constat, le calcul du nouvel avantage de toute nature qui se fonde sur la valeur catalogue (*pour le détail du calcul voir chapitre D.1.*) du véhicule pose question. Auparavant l'avantage était fonction du nombre de kilomètres parcourus. Cette déconnexion actuelle a pour effet que l'effet incitatif en terme de comportement écologique n'est pas vraiment atteint puisqu'un conducteur qui a un usage intensif (et donc polluant) de son véhicule est traité fiscalement de la même manière qu'une personne dont le domicile n'est par exemple qu'à quelque kilomètres de son lieu de travail et qui a un usage modéré du véhicule. Il y a d'ailleurs là une forme de discrimination contestable. On observera aussi que la logique de l'impôt sur les revenus est ici bafouée car l'avantage accordé par l'employeur ou la société doit en principe avoir pour contrepartie une dépense subie par l'employé ou le dirigeant. Cette dépense devrait correspondre à l'usage de la voiture au profit de l'employeur ou de la société du véhicule. Or, l'utilisation de la voiture n'est plus prise en compte, puisque seule une simple détention donne lieu à la taxation. D'autre part, il n'est pas compréhensible qu'une société qui acquiert un véhicule électrique ou hybride, donc un véhicule d'une valeur catalogue plus élevée qu'un véhicule traditionnel, soit pénalisée puisque la taxation repose sur une valeur catalogue. Aucun facteur correctif suffisant n'est prévu. Quel message donner au secteur automobile et au citoyen si les investissements non polluants sont tout autant sanctionnés que les investissements polluants ? Certes, on rétorquera que la faible émission de Co2 est aussi prise en compte et vient réduire le montant de l'avantage. C'est perdre de vue toutefois que le pourcentage minimum de taxation, pour une émission faible voire nulle de Co2, reste figé à 4% de la valeur catalogue. Un tel pourcentage minimum confirme d'ailleurs l'objectif avant tout budgétaire de la mesure fiscale. En réalité, il conviendrait d'appliquer un facteur de correction, par exemple sous la forme d'une réduction de la valeur catalogue ou du pourcentage minimal, pour tenir compte du surcoût lié à des investissements réducteurs d'émission de Co2. Après tout, ne serait-il pas plus sage, pour toutes ces raisons évoquées, de revenir au système ancien qui avait prouvé toute son efficacité en termes de réduction d'émissions de CO2 et qui semble en outre plus « rentable » pour le Trésor ?

[7] Selon La Febiac, entre mi-2011 et mi-2012, on enregistrait déjà une diminution de recettes fiscales (impôt des sociétés et TVA) de 24.939.000 EUR

B/ L'INCOHERENCE FISCALE SUR LE PLAN DE LA « LEGISTIQUE »

Plus-values sur actions et gestion du patrimoine privé : un colmatage d'urgence générant deux alinéas totalement redondants.

1. Une réaction législative critiquable. - Il y a quelques années, un nouvel article 90, 9° du CIR (premier tiret) fut introduit à la demande de l'administration[8]. Cette disposition visait à faire échec à une jurisprudence de la Cour de Cassation, en modifiant la manière de calculer le montant d'une plus-value sur actions lorsque celle-ci ne s'inscrit pas dans le cadre de la gestion du patrimoine privé.[9] Suivant l'arrêt de la Cour de cassation du 30 novembre 2006[10], considéré à l'époque comme marquant le chant du cygne de la taxation des plus-values internes, lorsqu'une personne physique cède à titre onéreux des actions ou parts d'une société qu'elle n'a pas acquises dans un but spéculatif vue de la vente et que l'opération est néanmoins considéré comme excédant les limites de la gestion normale d'un patrimoine privé, l'article 90, 1° ne permet pas de taxer la plus-value qu'elle a réalisé à l'occasion de la cession (c'est-à-dire l'excédent de la contrepartie obtenue par rapport au prix d'acquisition ou de souscription des actions) mais seulement le bénéfice ou « profit » qui résulte de l'opération sortant des limites à la gestion normale du patrimoine privé.

Maître Bours s'est brillamment exprimé à propos de cette disposition nouvelle et fustige cette incapacité devenue chronique de notre législateur à rédiger des textes de loi utiles et lisibles. *« Mais quel gâchis ! Pourquoi ne pas avoir eu le courage élémentaire de réécrire l'article 90,1°, plutôt que de lui laisser dire ce qu'il disait, en le contredisant quelques lignes plus bas ? Pourquoi ne pas en avoir profité pour mieux définir ce qu'est une opération relevant de la gestion d'un patrimoine privé, et une « opération » ou une « spéculation » qui feraient de la plus-value un revenu divers imposable ? Pourquoi ne pas en avoir terminé une fois pour toutes avec la controverse concernant les plus-values internes » : taxables ou non ? Pourquoi ne pas en avoir aussi profité, tant qu'à faire, pour clarifier la situation fiscale des SICAV de capitalisation ? Voici l'exemple parfait de ce qu'il ne faut pas faire dans le domaine de la légistique. Introduire dans un Code une disposition légale contradictoire, ne réglant pas les problèmes qu'elle pose, et donc laissant subsister l'insécurité juridique antérieure.*[11]

Cet exemple illustre un autre des errements des auteurs des lois fiscales récentes : l'ajout de dispositions qui se télescopent et ignorent la cohérence d'un régime fiscal antérieur. Le besoin de colmater à tout prix des brèches aboutit des incongruités ou à des redondances, telles que celle qui consiste à retrouver dans un même article, à deux reprises, une même notion (en l'occurrence celle de gestion normale du patrimoine privé).

---

[8] Loi du 22 décembre 2008 portant des dispositions diverses (I), M.B. 12 janvier 2009.

[9] Cet article dispose que « les revenus divers sont : (…) 9° les plus-values sur actions ou parts qui : (soit) sont réalisées à l'occasion de la cession à titre onéreux de ces actions ou parts, en dehors de l'exercice d'une activité professionnelle, à l'exclusion des opérations de gestion normale d'un patrimoine privé

[10] Cass., 30 novembre 2006, *J.D.F.*, 2007, p. 162.

[11] Extrait de la Chronique parue sur Fiscalnet le 14 février 2009.

Plutôt que de profiter de l'occasion pour réécrire fondamentalement une disposition importante, une disposition est modifiée au galop pour effacer une jurisprudence défavorable. L'article 90,9° du CIR est une illustration de ce qu'il conviendrait de ne pas faire.

Observons d'ailleurs que ce texte de loi fut âprement critiqué par le conseil d'État[12].

Il est aussi une occasion manquée, car il eût sans doute été opportun, lors de la rédaction du projet de loi, de définir ce qu'il fallait entendre par cessions internes et dans quels cas elles pourraient éventuellement être considérées comme excédant les limites à la gestion normale d'un patrimoine privé.[13]

2. Le SDA Finances, législateur de substitution. - Loin de résoudre la situation, cette disposition a par ailleurs réanimé toute insécurité juridique. Comme le souligne Marc Marlière, il devient à présent difficile de savoir ce qu'il faut entendre par gestion normale du patrimoine privé[14]. C'est vers le Service des décisions anticipées (ci-après le SDA Finances) qu'il convient, à notre avis, de se tourner pour y voir plus clair. Ce service détermine de manière claire les conditions requises pour rester dans le champ de la gestion normale d'un patrimoine privé.

Dans le contexte plus particulier des plus-values internes, on se réfèrera bien sûr à l'avis publié sur le site du SDA Finances. Le SDA y précise d'emblée qu'il examinera les demandes au cas par cas et à la lumière des critères invoqués par la jurisprudence. Le projet d'avis reproduit les quatre engagements qu'elle avait exigés depuis 2005 (et similaires à ceux requis par le ministre des Finances dans sa réponse à la question parlementaire[15] lorsqu'un ou plusieurs actionnaires apportent les actions de leur(s)

---

[12] Avis du Conseil d'État, Doc. Parl., Ch., n° 52- 1398/001, p.84. Sur le plan de la lisibilité des textes, le conseil d'État s'interroge aussi sur la pertinence d'une coexistence de deux dispositions presque similaires dans l'article 90 du CIR (article 90, 1° et article 90,9°), ce qui n'est pas de nature à éclairer le contribuable. La seule critique du conseil d'État qui fut suivie concerne la rétroactivité. L'avant-projet de la loi prévoyait en effet (de manière surréaliste!) que le nouvel article 90, 9° soit d'application aux transferts d'actions effectués à partir du 1er janvier 2007. Fort heureusement, l'application du nouveau régime des plus-values sur actions a été reportée à la date d'entrée en vigueur de la loi du 11 décembre 2008, soit le 12 janvier 2009.

[13] Pour une critique de cette disposition, lire notamment, S. SCARNA, « Les plus-values internes: la revanche du fisc ». C.& F.P, 2009 n° 09/03-02; JP. BOURS, « Encore une réforme mal ficelée », HEBDO du 14 février 2009, www.fiscalnetfr.be.

[14] M. Marlière, in La taxation du patrimoine privé, Actes du colloque, éditions Anthemis , 2011, p.79

[15] Pour bénéficier de l'exonération des plus-values en cas d'apport d'actions, le Ministre des Finances en réponse à une question parlementaire (Question n° 67 du 25 février 2005, Q.R. ch. repr. session 2004-2005, 3 octobre 2005, p. 16865) exigeait que diverses conditions soient remplies : 1 ° aucune réduction de capital n'est effectuée par la société holding ou la société rachetée pendant une période de trois ans à compter de l'apport ; 2° aucune distribution de dividendes par la société cible n'est effectuée par la société pendant une période de trois ans, sauf si ces moyens sont utilisés par la société holding dans le cadre, par exemple, de nouveaux investissements ou du financement d'autres sociétés du groupe ou d'entreprises liées, sans que ces flux financiers puissent bénéficier aux actionnaires personnes physiques". 3° pendant une période de trois ans, la distribution de dividendes par la société opérationnelle n'est pas modifiée par rapport à précédemment (à savoir avant l'apport à la société holding).Des dividendes plus élevés peuvent toutefois être distribués s'il est démontré que ces dividendes sont utilisés clans le cadre, par exemple, de nouveaux investissements ou du financement d'autres sociétés du groupe ou d'entreprises liées. Les dividendes supplémentaires ne peuvent cependant être distribués aux actionnaires personnes physiques. Les dividendes supplémentaires peuvent également être utilisés pour le paiement d'actionnaires qui souhaitent se retirer pour autant que les distributions de dividendes soient utilisées pour le remboursement d'un prêt ou l'apurement d'un compte courant qui a été contracté pour racheter les parts de certains actionnaires. Le remboursement du prêt ou l'apurement du compte courant doit toutefois être étalé sur une période suffisamment longue". 4° Pendant une période de trois ans à compter de l'apport, les 'management fees', rémunérations de dirigeants d'entreprise, etc., payés par la société

société(s) à leur holding propre respective, mais formule deux nouveaux engagements complémentaires:

1. Si dans la période de trois ans des distributions de dividendes plus élevés ou des réductions de capital plus importantes sont nécessaires pour permettre à la holding de réaliser de nouveaux investissements, ces réductions de capital ou ces distributions de dividendes devront être limitées au montant correspondant à l'investissement le plus onéreux fait par la holding. Et si cette holding n'affecte pas la totalité de ces sommes à de tels investissements, la somme excédentaire devra rester bloquée auprès de la holding.
2. Si après la période de trois ans il s'avère que la holding n'a pas réalisé d'investissements à concurrence du montant total des réductions de capital et distributions de dividendes plus élevés, elle ne pourra utiliser ce montant non affecté à des investissements pour procéder à une réduction de capital, et ce, tant que ces sommes n'auront pas été distribuées comme dividendes (avec retenue du précompte mobilier) aux actionnaires personnes physiques.

L'avis précise aussi que la décision anticipée ne sera valable que pour autant qu'un rapport d'évaluation du réviseur (ou du comptable) ait été transmis au SDA. Le SDA ajoute qu'au vu des critères utilisés dans la jurisprudence, il peut être nécessaire qu'un tel rapport lui soit produit « avant la prise de décision concernant l'opération présentée.

3. Illustration des critères appliqués par le SDA : la décision anticipée du 28 février 2012. Parmi les nombreuses décisions rendues en matière d'apport d'une participation à une holding, nous avons sélectionné la décision rendue le 28 février 2012 par le SDA Finances[16] qui nous offre une bonne synthèse des conditions (en l'espèce rencontrées) auxquelles doit satisfaire tout candidat la réalisation d'un apport de titres à une société holding.

L'affaire concerne une société, active dans le secteur de la fabrication, de l'achat, et de la vente de « matériels », qui a été créée en 1992 par les parents du demandeur.

La société compte deux actionnaires, le demandeur qui souhaite s'investir pleinement dans la société et sa sœur qui souhaite rester simple directrice administrative de la société.

Une donation avait été effectuée par les parents du demandeur préalablement à l'apport. Le demandeur a reçu l'intégralité de la participation de ses parents dans la société à charge de payer à sa sœur une soulte, afin qu'elle ne soit pas lésée par cette donation inégalitaire.

---

opérationnelle, correspondant aux rémunérations antérieures de dirigeants d'entreprise. Les flux financiers de la société opérationnelle vers la société holding peuvent être supérieurs aux rémunérations antérieures de dirigeants d'entreprise s'il apparaît qu'ils rémunèrent des prestations effectives (par exemple, comptabilité, personnel, ...) qui étaient effectuées auparavant au niveau de la société opérationnelle et qui sont dorénavant effectuées par le holding (éventuellement avec transfert du personnel concerné) et qui sont évaluées conformément au marché.

[16] Décision n° 2011.445, publié sur www.fisconet.be

La demande s'inscrit dans le contexte d'une restructuration du patrimoine familial, à savoir la concentration de la gestion de la société opérationnelle en Belgique via une holding.

Le demandeur souhaite maintenir sa sœur dans l'actionnariat de la société holding pour continuer à l'associer à l'essor de l'activité qui a été initiée par leur père et ce, même si elle ne s'implique pas concrètement dans son développement.

La question se pose de savoir si l'apport est susceptible d'entraîner une taxation en application de l'article 90, 9°, 1er tiret du CIR et relève bien de la gestion normale du patrimoine privé du demandeur.

Le demandeur invoque à cette fin divers arguments : des objectifs de restructuration du patrimoine, un contexte familial motivé par la volonté de préserver au mieux les droits de chacun au sein du patrimoine familial, une estimation des parts sérieuse et correspondant à la valeur réelle des actions (deux rapports de réviseur étant établis, le premier établi en janvier 2011 par un cabinet de réviseur français et le second par un réviseur d'entreprise belge dans le cadre de l'évaluation des futurs apports en nature) et le respect des quatre engagements exigés par le SDA Finances (*voir ci-avant, note infra-paginale n° 15*)

La décision favorable du SDA résulte des considérants suivants :

- 1'opération envisagée est une « opération simple qui ne recourt pas à des mécanismes complexes » ;
- le laps de temps qui sépare l'acquisition des parts sociales de la société commerciale et l'apport desdites parts à une holding n'est pas court. En effet, le demandeur détient des parts sociales de la société depuis sa création en 1987 et a souscrit aux différentes augmentations de capital ;
- le prix (et donc l'importance de la plus-value) est la contrepartie de l'apport d'un élément de patrimoine privé que l'apporteur a fait fructifier ;
- la valeur d'apport sera fixée par un réviseur d'entreprises indépendant et sera donc conforme au marché (évaluation informelle faite par un reviseur d'entreprises en novembre 2011, à confirmer par le rapport officiel) ;
- le demandeur respectera les différents engagements requis dans l'avis publié sur le site du SDA ;
- l'opération projetée est inspirée principalement par un souci de concentrer la gestion de la société opérationnelle en Belgique.

Le SDA en conclut que la plus-value réalisée par le demandeur suite à l'apport des titres de la société commercial à la société holding ne résulte pas d'une spéculation au sens de l'article 90, 1° du CIR et ne sera pas soumise à taxation sur base de l'article 90, 9°, 1er tiret du CIR.

On trouve en, général les mêmes exigences et critères dans les dernières décisions rendues par le SDA Finances.

4. Analyse.- Faut-il se réjouir de ce qu'un organe administratif, en l'occurrence le SDA, définisse sa propre vision de la notion de gestion du patrimoine privé ? L'aspect évidemment positif est que des critères précis sont connus à l'avance et permettent

d'éviter un redressement fiscal ultérieur. En dépit des éclaircissements positifs fournis par le SDA Finances, il faut rappeler que ce n'est pas à un service administratif, fût-il de grande qualité, qu'il appartient de déterminer à quelles conditions des plus-values liées à des cessions internes doivent être ou non exonérées. Ce rôle devrait être dévolu au législateur. On rétorquera qu'un contribuable peut toujours se lancer dans une opération sans faire appel à leur Service mais « à ses risques et périls ». C'est toutefois perdre de vue que, dans la pratique, les règles édictées par le SDA Finances servent parfois de référence à bon nombre d'agents taxateurs lors de contrôles fiscaux. Leurs avis de rectification ou leurs demandes de renseignements s'inspirent ou, pire, requièrent les critères fixés par le Service des décisions anticipées. Cette attitude débouche sur un paradoxe : l'obtention d'une sécurité juridique qui est l'objectif de la loi qui a instauré ce Service conduit à un sentiment (légitime ou non) d'insécurité dans le chef des contribuables qui, réalisant un acte juridique ou revendiquant une déduction fiscale, se voient opposer par l'agent taxateur des conditions qui sortent souvent du champ d'application de la loi fiscale ou qui sont des interprétations extensives (donc illégales) de la loi fiscale. Y a-t-il une dérive législative de l'administration, consécutive aux défaillances et imprécisions récurrentes du législateur ? On entend dire parfois que le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs (pouvoir législatif et pouvoir exécutif en l'occurrence) est mis en péril par ce type de « position » officielle du SDA Finances. La critique semble exagérée. Peut-être conviendrait-il de poser la question autrement. Faut-il sanctionner le fait qu'une administration essaie de dégager, comme elle peut, des règles fiscales et des lignes de conduite les plus claires possibles ou le fait de produire précipitamment des textes appelés à se contredire ou à s'interpréter à l'infini et qui, finalement, nécessite l'intervention du SDA Finances ?

C/ LES INCOHERENCES RESULTANT DE LA SUCCESSION DES LOIS-PROGRAMMES OU DES LOIS PORTANT DES DISPOSITIONS FISCALES ET DIVERSES.

Chateaubriand a écrit que « *C'est un vice capital de notre législation que les articles innombrables de nos projets de lois : ils amènent de force des discussions interminables et des amendements sans fin* »[17]. Deux siècles plus tard, une telle analyse est toujours d'une brulante actualité.

Nous dénonçons ici la succession de lois-programmes qui visent à corriger les erreurs antérieures et qui contribuent au climat actuel d'insécurité juridique et d'instabilité fiscale. Nous entendons démontrer aussi que les choix stratégiques pris par nos gouvernants présentent d'évidentes contradictions. Nous choisissons l'exemple des réformes de la fiscalité mobilière et la transformation des déductions fiscales en réductions d'impôt.

C.1. Le nouveau régime fiscal des revenus mobiliers instauré par la loi-programme du 27 décembre 2012.

1. Une quatrième loi-programme en moins d'un an.- Animé tout à la fois par le besoin d'assainir une situation financière difficile, la volonté de ne pas faire supporter des charges supplémentaires sur les revenus du travail déjà lourdement taxés et le désir de simplifier fortement les règles de perception des précomptes sur les revenus mobiliers qu'il avait lui-même rendues fort complexes, le gouvernement a pris l'initiative d'une refonte importante de la fiscalité mobilière. Concrètement, après avoir constaté que le recouvrement de la cotisation supplémentaire de 4% sur les revenus mobiliers et les obligations de communication qui en résultent étaient problématiques, il a décidé d'opérer un brusque mais salutaire retour en arrière en supprimant cette cotisation, avec effet au 1er janvier 2013. Cette nouvelle réforme est désormais coulée dans la loi-programme du 27 décembre 2012 (M.B. du 31 décembre 2012)[18]. Le maître-mot de la réforme est « l'harmonisation des revenus mobiliers ». Le souhait clairement exprimé par le Ministre des Finances est aussi de « stimuler l'économie », peut-on lire dans l'Exposé des motifs de la loi[19.] Si l'on doit se réjouir de ce changement de cap, il reste que certaines interrogations subsistent et que ces soubresauts législatifs répétés ne peuvent que contribuer à forger l'image d'une législation mobilière belge chaotique et d'une extraordinaire volatilité. Comme l'a rappelé encore récemment la Cour de justice européenne, les exigences de sécurité juridique impliquent que les règles soient claires, précises et prévisibles dans leurs effets[20]. Or, cette deuxième refonte de la fiscalité mobilière en moins d'un an, cette quatrième loi-programme (après la loi-programme du 28 décembre 2011 et celles du 29 mars 2012 et du 22 juin 2012 qui ont apporté divers correctifs à la loi du 28 décembre 2011) est loin de favoriser la sécurité juridique que tout investisseur serait en droit d'espérer. Suite à cette dernière adaptation, les contribuables belges, ainsi que les institutions redevables des prélèvements sur les revenus mobiliers se retrouvent dans cette étrange situation d'être obligés de subir des obligations fiscales contraignantes pour l'année 2012, alors que celles-ci sont désormais annulées depuis le 1er janvier 2013. Une illustration de plus du « surréalisme à la belge ».

---

[17] François-René de Chateaubriand, *De la monarchie selon la charte*, 1816, p. 76.
[18] Articles 777 à 97 de la loi-programme
[19] Doc. Parl. Chambre, n ° 53-2561/006, p.3.
[20] Cour de justice, 5 juillet 2012, C-318/10, SIAT

2. Aperçu des principales mesures adoptées-. La loi annule la plupart des modifications apportées par la loi-programme du 28 décembre 2011. Les mesures adoptées sont les suivantes :

- hausse généralisée du taux du précompte mobilier de 21% à 25% sur les intérêts et dividendes (sauf exceptions pour certains revenus conservant le précompte mobilier à un taux réduit de 15%) ;
- maintien du taux de 10% sur les bonis de liquidation ;
- création d'un nouveau taux de 15 % sur les revenus provenant de SICAFI résidentielles ;
- retour au mécanisme du précompte mobilier libératoire ;
-suppression de la cotisation supplémentaire de 4% ;
-instauration d'un impôt de 0,4% sur les plus-values sur actions réalisées par des sociétés qui ne sont pas des PME.
- hausse de la taxe sur les contrats d'assurance-vie portée à 2% au lieu de 1,1 %.
- obligation de déclaration des contrats d'assurance-vie individuels contractés à l'étranger

Par ailleurs, la loi simplifie, pour l'année 2012, les modalités de perception de la cotisation supplémentaire précitée en supprimant l'obligation d'information à un Point de Contact central.

3. La hausse généralisée du précompte mobilier à 25%.- Souhaitant trouver une solution visant à tenir compte des capacités contributives des contribuables, le législateur avait introduit, dans la loi du 28 décembre 2011, un précompte mobilier de 21 % sur les revenus mobiliers d'un montant inférieur à 20.020 EUR, et de 25% sur les revenus supérieurs à 20.020 EUR. Cette « taxe des riches », qui s'ajoutait donc au précompte mobilier de base de 21%, était prélevée sous la forme d'une cotisation de solidarité de 4% (nécessitant un formulaire spécial différent du formulaire 273 qui est déjà applicable à tous les précomptes mobiliers). N'étaient épargnés de cette taxe supplémentaire que les bons d'Etat Leterme, les intérêts de carnets d'épargne, les bonis de liquidation et les revenus sur lesquels un précompte mobilier de 25% était déjà fixé. Par ailleurs les personnes désirant conserver leur anonymat pouvaient opter pour le prélèvement d'une telle cotisation supplémentaire de 4% sur l'ensemble de leurs revenus mobiliers (y compris donc la première tranche de 20.020 EUR). Après les quelques mois nécessaires pour mettre en place ce nouveau régime et pour contrôler le respect des dispositions légales, il a bien fallu faire le constat que de nombreux problèmes étaient apparus, rendant la levée de l'impôt fort inefficiente. Une adaptation, dans le sens d'une simplification du régime, s'avérait nécessaire. Depuis le 1er janvier 2013, tout investisseur se voit donc à présent soumis à un taux uniforme de 25% sur les dividendes et les intérêts. L'article 269 du CIR est donc modifié et mentionne ce taux de 25%. Bien que la simplicité soit une vertu toujours appréciable en matière de fiscalité, on reste en droit de se demander si ce système atteint réellement l'un des objectifs postulés par nos ministres, qui est de frapper davantage les gros détenteurs d'avoirs mobiliers. En effet, la mesure pénalise avant tout les titulaires de faibles revenus mobiliers qui ne dépassent pas 20.020 EUR et qui bénéficiaient auparavant du précompte mobilier réduit à 21%. Les petits épargnants sont donc les principales victimes du taux de précompte de 25%. Comme le soulignait une députée de l'opposition, « *L'année passée le petit épargnant n'était pas considéré comme riche par*

le gouvernement fédéral. En 2013, il est réputé riche ».[21] Une inflation souvent plus forte que le revenu généré par de nombreux placements actuels accentue par ailleurs cette pénalisation.

4. Une prise de risque de plus en plus pénalisée. – On peut s'interroger sur les choix opérés par nos gouvernants. Derrière le souhait du gouvernement de privilégier une fiscalité favorable sur les livrets d' épargne (avec ce double avantage d'une exonération de la première tranche de 1830 EUR et d'une taxation de 15% sur le surplus) et de taxer plus sévèrement les dividendes d'actions, on décèle une évidente contrariété avec l'objectif formulé avec vigueur et conviction en préambule de la réforme, qui est de tout entreprendre pour stimuler notre économie belge et la rendre plus compétitive. On constate plutôt une volonté de pénaliser la prise de risque, une tendance à sanctionner ceux qui injectent leur argent dans le capital d'entreprises soit directement en tant qu'associés fondateurs, soit indirectement via des fonds de placement en tous genres. On peut s'interroger sur le message véhiculé par la réforme à l'attention de tous ceux qui investissent dans l'économie réelle, alors que l'on sait pourtant les aléas que de tels placements peuvent avoir. En toute logique, les revenus d'actions ne devraient-il pas être taxés avec plus d'indulgence si l'on veut souhaiter renforcer la position concurrentielle de nos entreprises ? Dans cet esprit, n'aurait-il pas été opportun de maintenir un taux de 15% pour les revenus d'actions de PME ? On rétorquera que les placements d'épargne sont utilisés par les banques pour accorder des crédits à de telles PME. Mais quelle garantie réelle en a-t-on ? Par ailleurs ce changement législatif, intervenu moins d'un an seulement après la réforme de décembre 2011, place à nouveau devant le fait accompli nombre d'investisseurs qui avaient tablé sur une stabilité fiscale à moyen terme et qui avaient placé en 2012 leur argent dans des bons de capitalisation, Sicav ou fonds mixtes. Doit-on s'attendre à un taux de précompte mobilier de 35 % l'an prochain ou à une cotisation sociale sur le précompte actuel, comme en France ?

Comme pris par une forme de « remords fiscal », le Ministre des Finances S. Van Ackere a d'ailleurs tenté au début du mois de janvier 2013 de promouvoir un nouvel avantage fiscal au capital à risque, en suggérant un précompte réduit sur les nouvelles actions.

On se réjouira néanmoins que dans le dernier conclave budgétaire de mars 2013 une mesure nouvelle a été prise. Il s'agit de permettre aux sociétés-PME de bénéficier du précompte mobilier de 15% sur les dividendes afférents aux actions nouvelles. La mesure ne s'applique qu'aux apports en trésorerie et non en nature. Pour permettre la consolidation des fonds propres constitués par ces apports, il est prévu que ce taux de 15% ne s'appliquera que de manière progressive : maintien à 25% les deux premières années, 20 % la troisième année et 15% à partir de la quatrième année.

En revanche, une autre mesure, plus défavorable de ce conclave et qui devrait surtout frapper durement les grandes sociétés, est l'interdiction du cumul du régime RDT avec la déduction pour capital à risque. La déduction RDT sera prioritaire. Ce n'est que si la société ne satisfait aux conditions du régime RDT que la déduction pour capital risque sera permise. Avec ce nouveau système, il est à craindre que les sociétés multinationales

[21] Doc. Parl. Chambre, n ° 53-2561/006, p. 10

qui envisageraient de s'implanter en Belgique s'interrogent à deux fois avant de choisir notre pays.

5. Conclusions. Que doit-on retenir de cette nouvelle loi-programme modifiant à nouveau notre fiscalité mobilière ? Les contribuables seront avant tout sensibles à cette nouvelle hausse du taux de précompte mobilier à 25% (sauf exceptions). Pour ceux qui, avant la première loi-programme de décembre 2011, subissaient un précompte mobilier de 15%, cela représente une hausse de 10 points (soit 66,66%) en un an. C'est loin d'être négligeable. Avec la nouvelle taxe sur les plus-values sur actions, certes limitée à 0,4% - mais pour combien de temps ? - et cette hausse du précompte mobilier, il pourrait y avoir un risque de délocalisation d'investisseurs vers d'autres places financières.

Ces mesures sont en tout cas de nature à fragiliser un peu plus la compétitivité de nos entreprises, déjà fortement pénalisées par un coût du travail exorbitant. Seul l'avenir pourra nous dire si cette nouvelle orientation fiscale est bien opportune. Au rang des mesures dont il convient en revanche de se féliciter, la réintégration du mécanisme du précompte mobilier libératoire et la suppression de toutes techniques de communication des revenus mobilier à un point de contact central soulageront tant les bénéficiaires que les redevables de revenus mobiliers. La loi–programme du 28 décembre 2011 avait été rédigée dans une précipitation coupable et avait révélé des défauts de conception. Cette nouvelle loi-programme du 27 décembre 2012 vient fort opportunément réparer les erreurs qui avaient été commises un an plus tôt et met un terme aux multiples interrogations qu'avait suscitées sa mise en œuvre.

Reste que ces nouvelles adaptations et corrections, intervenues dans un délai si bref démontrent à nouveau l'extraordinaire instabilité et volatilité de notre fiscalité mobilière. Or, chacun sait qu'un investisseur recherche avant tout dans un système fiscal, stabilité et sécurité juridiques. Diverses enquêtes ont montré que, bien plus qu'un taux d'imposition faible, c'est un environnement fiscal serein qui contribue au succès d'une place financière. Or, un tel climat d'incertitude fiscale n'est pas vraiment ce dont notre pays a besoin en ces temps de récession économique.

Espérons au-moins que nos élus ne se lanceront pas en juin ou en décembre 2013 dans une nouvelle réforme fiscale mobilière, fût-elle cosmétique.

C.2. La loi du 13 décembre 2012 portant des dispositions fiscales et financières : le passage au régime de réductions d'impôt des dépenses déductibles et ses effets dérivés

La mesure la plus emblématique de la loi du 13 décembre 2012 portant des dispositions fiscales et financières (MB 20 décembre 2012, 4ème édition) est sans conteste la transformation de l'avantage fiscal en une réduction d'impôt pour toute une série de dépenses.

Précisons d'abord que deux dépenses ne sont pas visées par ce changement : les rentes alimentaires et la déduction pour habitation unique (ce dernier avantage devant être transféré aux Régions)[22].

Pour les autres dépenses, la réduction d'impôt se déduit donc à présent de l'impôt à payer et non de la base imposable, comme précédemment. Les dépenses dont la réduction est remplacée par une réduction d'impôt de 45% sont les libéralités et les dépenses pour garde d'enfants. Les dépenses dont la réduction est remplacée par une réduction d'impôt de 30% sont les rémunérations attribuées aux employés de maison et pour l'entretien et la restauration des monuments et sites classés.

Apparemment, la mesure qui permet d'obtenir directement une diminution de l'impôt à payer semble séduisante. En réalité, elle pénalise nombre de ménages ayant des revenus moyens (à partir de 36.300 pour l'exercice d'imposition 2013). Si l'on considère un taux marginal de l'ordre de 54 % (additionnels compris), l'écart entre la nouvelle réduction et l'avantage résultant d'une déduction fiscale de la base imposable au taux marginal est de 22% pour les déductions remplacées par une réduction d'impôt de 30% et de 5,5% pour les déductions remplacées par une réduction d'impôt de 45%[23].

On assiste donc de manière évidente à un alourdissement de la charge fiscale.

Par ailleurs, comme le souligne Bernard Mariscal, « *il faut également noter qu'une telle transformation de déduction en réduction d'impôt va induire quelques effets (pour ne pas dire dommages) collatéraux. Ainsi, comme le revenu net imposable sera plus élevé, la mesure va avoir un impact sur toute une série d'autres avantages fiscaux tels que la réduction d'impôt pour pensions et revenus de remplacements (la réduction d'impôt pour allocations de chômage sera particulièrement affectée), le crédit d'impôt pour titres-services, etc.*»[24]

Une quotité plus importante de revenus professionnels subira aussi le taux marginal.

Toute autre attribution ou avantage non fiscal qui tient compte du revenu net d'un ménage sera également impactée.

S'ajoutant à la disparition de nombre d'incitants fiscaux favorisant l'économie d'énergie, cette diminution de l'avantage fiscal fragilise les secteurs concernés.

Elle risque aussi de diminuer le nombre de dons souvent indispensables à la survie d'institutions spécialisées. Les organismes et personnes chargées de la garde d'enfants souffriront aussi de cette modification.

Loin d'être une mesure cosmétique, cette nouvelle technique qui consiste à transformer la nature d'un avantage fiscal est loin d'être neutre. Il n'est pas sûr que tous en aient perçu la portée.

Le fait de diluer cette modification dans une nouvelle loi-fourre-tout constitue aussi une manœuvre pour le moins discutable.

Il est d'ailleurs surprenant que cette technique soit présentée comme une mesure essentiellement simplificatrice alors qu'elle est avant tout dictée par des impératifs budgétaires.

---

[22] Doc.Parl., Chambre session 2012-2013, n° 2458/003, p.7)

[23] Pour le détail des calculs, lire l'article de Emile Masset, « *La voie glissante des réductions fiscales qui remplacent les déductions d'impôt* ». , Hebdo du 2 février 2013, sur www.fiscalnetfr.be

[24] B. Mariscal, Transformations de déductions en réductions d'impôt, Actualités fiscales, Kluwer, 2013, n° 5

Le rapport fait à la Commission des Finances précise pourtant que « *Dans le cadre de la simplification fiscale de l'impôt des personnes physiques, les dépenses déductibles, à l'exception des pensions alimentaires, sont converties en réductions d'impôt. Dorénavant, le taux de 45 % est applicable aux frais de garde d'enfants et aux libéralités. Pour les autres dépenses, le taux applicable est de 30 %*[25].

Vu les incidences concrètes et peu favorables qu'une telle transformation induira dans le chef des contribuables, il est peu probable qu'une telle simplification soit de nature à les réjouir pleinement.

D/ L'INCOHERENCE DE LA DOCTRINE ADMINISTRATIVE FISCALE

[25] Doc.Parl., Chambre session 2012-2013, Rapport fait au nom de la Commission des Finances, n° 2458/003, p.3

Selon le professeur Eric Millard, « *Un travail d'interprétation est toujours nécessaire. La notion d'application de la loi est un non-sens dès lors que le texte à appliquer n'a pas une et une seule signification. Toute application suppose une interprétation et à vrai dire toute application est interprétation.»*[26] Interpréter ne signifie toutefois pas apporter la confusion ou prendre des positions qui s'écarte du champ d'application de la loi. L'exemple des circulaires, instructions et prises de positions récentes de l'administration fiscale illustre une nouvelle dérive de l'interprétation administrative qui consiste désormais à poser les questions et à donner les réponses (quelquefois inattendues), et à revoir continuellement sa copie, tantôt en faveur du contribuable, tantôt en sa défaveur. Il révèle aussi ce glissement progressif qui transforme l'administration en créateur de nouvelles obligations fiscales à charge des contribuables

D.1. Avantage de toute nature pour utilisation privée de voitures de société : des F.A.Q.'s qui ajoutent à la confusion ou qui se contredisent

1. Rappel du calcul et des principes. - Plus personne n'ignore que les avantages de toute nature résultant de l'utilisation à des fins personnelles d'un véhicule mis gratuitement à disposition par l'employeur/entreprise qui sont attribués à partir du 1er janvier 2012, ont fait l'objet d'un nouveau calcul forfaitaire entré en vigueur le 1er janvier 2012.

Ce forfait a été introduit par la loi du 28 décembre 2011 portant des dispositions diverses[27] et a été modifié par la Loi-programme (I) du 29 mars 2012[28].

L'avantage se détermine en appliquant un pourcentage-CO2 à six septièmes de la valeur catalogue du véhicule mis gratuitement à disposition.

Par valeur catalogue, il faut entendre le prix catalogue du véhicule à l'état neuf lors d'une vente à un particulier, options et taxe sur la valeur ajoutée réellement payée comprises, sans tenir compte des réductions, diminutions, rabais ou ristournes.

Cette valeur catalogue est en outre multipliée par un pourcentage afin de tenir compte de la période écoulée à partir de la date de la première immatriculation du véhicule (de 0 à 12 mois : 100% ; de 13 à 24 mois : 94 % ; de 25 à 36 mois : 88 % ; de 37 à 48 mois : 82 % ; de 49 à 60 mois : 76 % ; à partir de 61 mois : 70 %).

Le pourcentage de base CO2 s'élève à 5,5 % pour une émission de référence- CO2 de 115 g/km pour les véhicules à moteur alimenté à l'essence, au LPG ou au gaz naturel et pour une émission de référence- CO2 de 95 g/km pour les véhicules à moteur alimenté au diesel.

La loi précise encore que lorsque l'émission du véhicule concerné dépasse l'émission de référence précitée, le pourcentage de base est augmenté de 0,1 % par gramme de CO2, avec un maximum de 18 %.

[26] E.Millard, *Les limites des guides de légistique : l'exemple français*, Scheltess, 2008, p126.
[27] Moniteur Belge du 30 décembre 2011 - 4ème éd.)
[28] Moniteur Belge du 6 avril 2012 - 3ème éd.

Lorsque l'émission du véhicule concerné est inférieure à l'émission de référence précitée, le pourcentage de base est réduit de 0,1 % par gramme de CO_2, avec un minimum de 4 %.

Les véhicules pour lesquels aucune donnée relative à l'émission de CO_2 n'est disponible au sein de la direction de l'immatriculation des véhicules sont assimilés, s'ils sont propulsés par un moteur à essence, au LPG ou au gaz naturel, aux véhicules émettant un taux de CO_2 de 205 g/km et, s'ils sont propulsés par un moteur au diesel, aux véhicules émettant un taux de CO_2 de 195 g/km.

Lorsque l'avantage n'est pas consenti à titre gratuit, l'avantage à prendre en considération est celui qui est déterminé conformément aux alinéas précédents, diminué de l'intervention du bénéficiaire de cet avantage.

2. La mode des « F.A.Q.'s » – Il fut un temps où l'administration aidait ses fonctionnaires et éclairait les contribuables par la production de circulaires, certes quelquefois tardives, mais qui présentaient l'avantage d'être relativement claires et plutôt bien structurées. Cette période semble à présent révolue. Une nouvelle mode est née, un nouveau procédé d'interprétation des lois fiscales est crée par le fisc : les « *Frequently Asked Questions* » (ou selon les commentateurs les plus polis, la « Foire aux questions »). C'est en matière d'avantage de toute nature pour mise à disposition gratuite de voitures de sociétés que cette technique se manifeste magistralement. Une première FAQ sur l'ATN véhicule a été mise en ligne (www.minfin.fgov.be) le 26 janvier 2012, une version «adaptée» a été publiée le 13 avril 2012 et une troisième version a été publiée le 1er octobre 2012. Cette troisième version comporte …46 pages ! On constate que certaines réponses apportées à ces questions sont en contradiction avec des réponses données dans les FAQ's précédentes, certaines réponses ne présentent qu'un intérêt anecdotique, d'autres réponses, enfin, sont à ce point incompréhensibles qu'elles nécessiteraient des précisions complémentaires, tant leur contenu prête à interprétations multiples (notamment celles qui concernent la valeur catalogue). Avec cette dernière mise à jour des FAQ's, tout fiscaliste même chevronné (qu'il soit d'ailleurs conseiller indépendant ou fonctionnaire du fisc) peine à trouver une ligne de conduite claire, lorsqu'il doit évaluer et calculer l'avantage de toute nature portant sur l'utilisation privée d'une voiture de société.[29] Comme le souligne Yves Dewael (haut fonctionnaire du SPF Finances) « *«la transparence n'est pas au rendez-vous! La dernière version des FAQ's contient une foire d'empoigne de questions et de réponses dont certaines coupent les cheveux en quatre et d'autres se contredisent. À croire que le rédacteur ne se rappelle plus les réponses qu'il a fournies aux questions précédentes »*[30]

3. Illustration des contradictions et imprécisions issues des FAQ's. Nous illustrons les confusions générées par ces multiples « FAQ's » par trois exemples concrets. Le premier exemple concerne l'intervention personnelle en matière de frais de carburant. Dans la version actualisée des « FAQ's », publiée en avril 2012, il était prévu que seule

[29] Le département fiscal de l'IEC reçoit de nombreux appels de membres qui s'inquiètent de cette nouvelle tendance consistant à rédiger dans l'urgence des lois fiscales imprécises ou incomplètes qui nécessitent d'être commentées et complétées par le biais de FAQ's à répétition.

[30] Y. Dewael, Lettre d'Info Actualités Fiscales n° 37, 17 octobre 2012, p. 1

l'intervention financière de l'employé ou du dirigeant dans le prix de la valeur catalogue était susceptible de venir en déduction de l'avantage imposable. En conséquence, les autres frais, tels les frais de carburant payés par le travailleur ou le dirigeant (pour des déplacements à l'étranger ou entre le domicile et le lieu de travail) n'avaient aucun impact sur le montant de l'avantage. Une nouvelle « FAQ » (FAQ 50) publiée en octobre dernier, vient apporter un changement radical à ces principes. Cette « FAQ » examine la situation d'un employeur qui prend en leasing une voiture de société avec carte de carburant et la met ensuite à disposition de son travailleur. L'hypothèse est la suivante : « *Bien que l'employeur paye la totalité du coût du leasing, il demande à son travailleur une intervention pour la consommation de carburant. Est-ce que cette intervention dans les frais de carburant du travailleur peut être portée en réduction de l'avantage de toute nature imposable? Dans ce cas, l'intervention du travailleur dans les frais de carburant peut être considérée comme une intervention personnelle qui peut être portée en réduction de l'avantage de toute nature imposable résultant de l'utilisation à des fins personnelles de la voiture de société*». La confusion est désormais totale : lorsque c'est le travailleur ou le dirigeant qui assume lui-même directement les frais de carburant, il ne peut être question d'intervention personnelle à déduire de l'avantage. En revanche, lorsque la société paie les frais de carburant à une société de leasing et, que par la suite il est demandé au travailleur ou au dirigeant de rembourser de tels frais, une telle intervention personnelle devient déductible. Qui peut comprend une telle incohérence, par ailleurs source de discrimination ? La confusion est d'ailleurs d'autant plus grande que, dans une autre « FAQ » (« FAQ » n° 11), l'administration rappelle que lorsqu'une voiture de société est mise à disposition d'un travailleur avec une carte carburant, l'utilisation de cette dernière est censée comprise dans l'avantage de toute nature forfaitaire calculé pour l'utilisation privée du véhicule. La question de la réduction de l'avantage en nature dans le chef de travailleurs bénéficiant d'un salary split est un autre exemple d'un « éclairage administratif » qui suscitera plus de difficultés que de solutions. La « FAQ » n° 8 qui y est consacrée prévoit en effet qu'en fonction des circonstances de fait (par exemple, lorsque les frais liés à la mise à disposition de la voiture de société sont refacturés à l'entreprise étrangère, la voiture de société est également utilisée par le contribuable à l'étranger, ...), l'avantage de toute nature imposable relatif à la voiture de société peut être ventilé en proportion du salary split. Toutefois, poursuit la « FAQ », lorsque le véhicule est exclusivement utilisé en Belgique (et donc pas à l'étranger), la ventilation en fonction du salary split ne peut pas être appliquée, de sorte que le montant de l'avantage de toute nature relatif à la voiture de société est totalement imposable en Belgique. Il est ici à craindre que l'administration ne soit pas à même de démontrer qu'une voiture soit utilisée en Belgique et non à l'étranger. En effet, il est évident qu'un salary split nécessite que l'on se rende avec la voiture de société à l'étranger pour y exercer son activité, à moins que l'activité soit exercée dans un pays exotique. On souhaite d'emblée beaucoup de courage au fisc pour apporter la preuve d'un usage belge du véhicule, ce qui démontre le peu de pertinence d'une telle « FAQ ». Autre exemple de contradiction : dans la « FAQ » du mois d'avril (FAQ n° 17), il était prévu que les packages d'options offerts gratuitement devaient être ajoutés au prix figurant sur la facture pour déterminer la valeur catalogue. Revirement soudain dans la version d'octobre : la « FAQ » n° 27 précise à présent que « *le prix d'un package d'options est la plupart du temps moins élevé que la somme des prix de chaque option prise*

individuellement contenue dans ce package. Dans ce cas, il faut faire une distinction selon que le package d'options concerné est disponible sur le marché des particuliers ou pas. Lorsque le package d'options est disponible uniquement sur le marché des professionnels, et donc pas sur le marché des particuliers, il faut tenir compte, pour la détermination de la valeur catalogue, de la somme des prix de chaque option prise individuellement contenue dans le package, qui sont d'application sur le marché des particuliers. Le texte légal fait en effet référence au prix à l'état neuf lors d'une vente à un particulier. Par contre, lorsque le package d'options est bien disponible sur le marché des particuliers, il faut tenir compte, pour la détermination de la valeur catalogue, du prix de ce package d'options tel qu'il est d'application sur le marché des particuliers. A cet égard, l'attention est encore attirée sur la notion de « package d'options disponible sur le marché des particuliers ». Par « packages d'options », il faut comprendre les options constituées par les constructeurs ou les importateurs et qui sont offerts comme tels sur le marché des particuliers à un prix officiel déterminé par eux. Par conséquent, ne sont pas visés ici les packages d'options constitués par un concessionnaire local lui-même, que ce dernier offre dans le cadre d'actions promotionnelles à un prix inférieur à la somme des prix de chaque option prise individuellement contenue dans ce package. Dans ce cas, il s'agit d'une remise commerciale offerte par le concessionnaire local qui ne peut pas être prise en compte pour la détermination de la valeur catalogue. » A ce niveau, ce n'est pas seulement les contradictions qui nous interpellent et pose problème ou l'incroyable complexité d'une telle règle en pratique[31] mais la contrariété de cette FAQ au texte légal qui ne prévoit pas ce genre de mécanisme. La loi dispose pourtant clairement que « *par valeur catalogue, il faut entendre le prix catalogue du véhicule à l'état neuf lors d'une vente à un particulier, options et taxe sur la valeur ajoutée réellement payée comprises, sans tenir compte des réductions, diminutions, rabais ou ristournes » (art.36, §2, al.2 cir/92).* »

4. Analyse. - on retiendra de ces exemples qu'à force de multiplier des hypothèses et des interprétations possibles en tous sens, l'administration, loin d'aplanir les doutes, accentue l'insécurité juridique qu'elle voulait définitivement réduire. Cette volonté de combler toutes les failles ne peut empêcher que d'autres difficultés apparaissent à la lecture des réponses apportées. L'exercice semble sans fin et s'avère périlleux. Les contradictions que l'on peut lire révèlent aussi qu'une disposition législative trop complexe et imprécise porte en elles les germes d'une application impossible. Il serait en tout cas souhaitable de renoncer à la pratique de « FAQ's » à répétition (près de 100 pages en tout) car elle rend la tache des professionnels de la fiscalité et de la comptabilité presque impossible, et contribuent en outre à l'illisibilité des textes fiscaux. L'IEC est inondé de questions de ses membres à ce sujet, au point qu'un communiqué de presse a dû être publié en décembre 2012, à l'initiative des divers instituts professionnels, faisant état des difficultés rencontrées par les professionnels du chiffre. Plus fondamentalement, il serait opportun d'envisager la réécriture totale de l'article 36 du code des impôts sur les revenus en ce qui concerne ce régime de taxation de l'avantage de toute nature sur voitures de société qui effraie tous les employeurs, cadres, secrétariats sociaux, contrôleurs et fiscalistes de ce pays.

[31] Doit on s'attendre à la mise en place d'une base de données gigantesque recensant, pour tous les véhicules du parc automobile belge, la totalité des packages optionnels existant sur la marché ?

D.2. Cotisation spéciale de 309 % : des tergiversations administratives qui donnent le tournis

1. Une circulaire, un commentaire administratif, une instruction et deux addenda !- S'il est une évidence, c'est que la question des cotisations spéciales de 309% pour avantages de toute nature non déclarés a fortement inspiré notre administration qui s'est fendue de plusieurs circulaires et instructions. Avant d'en dresser un rapide tableau, il m'apparaît nécessaire, comme le fait avec pertinence Gregory Henin[32], de rappeler un principe qui semble parfois trop vite effacé par l'administration. C'est à cette dernière qu'incombe l'obligation de prouver l'existence d'un avantage de toute nature. Un avantage de toute nature ne se présume pas. Il est en effet des cas où une cotisation spéciale ne peut nullement s'envisager. Ainsi en est-il lorsque des frais clairement exposé dans le cadre de l'activité professionnelle présente un caractère somptuaire car ils doivent être rejetés en dépenses non admises, lorsqu'aucun déplacement privé avec la voiture de société n'est fait par l'employé ou le dirigeant, lorsque l'avantage est inscrit au compte courant de la société ou lorsque – selon notre position précédemment exposée- un loyer conforme au prix du marché est payé.

Ce préliminaire étant établi, dressons le catalogue des positions administratives successives. L'histoire commence d'ailleurs de manière fort sympathique puisque, par une circulaire du 1er décembre 2010[33] reprise dans le commentaire de l'article 219 du CIR l'administration choisit de faire preuve d'une grande largesse de vue en cas de rentrée tardive de fiches individuelle puisqu'elle énonce que : « *Par ailleurs, l'administration fera preuve de tolérance en cas de rentrée tardive des fiches et récapitulatifs susvisés, dans les seules situations où le contribuable n'a pas été en mesure, pour des raisons indépendantes de sa volonté, de respecter les délais impartis (voir 219/10). Cette tolérance ne peut en aucun cas constituer une atténuation du caractère dissuasif du dispositif légal. A cet égard, un retard de courte durée pour le dépôt de ces documents sera admis et n'aura pas pour effet d'entraîner l'application de la cotisation distincte, pour autant que ce retard :• ne revêt pas un caractère systématique ou volontaire;• ne traduit pas une intention de soustraire une matière imposable; n'empêche pas l'administration de procéder, dans le contexte d'impératifs notamment techniques, à la taxation de ces revenus dans le chef des bénéficiaires (il doit être possible d'imposer ces revenus dans les délais légaux);• ou ne rend pas cette taxation plus compliquée sans que des circonstances particulières le justifient sur le plan des faits*. ».

Bien que souhaitant préserver le caractère dissuasif du dispositif légal, l'administration acceptait, par cette tolérance, de ne pas appliquer la cotisation distincte lors d'un contrôle fiscal.

L'affaire se corse ensuite. Comme pris par un remords soudain, l'administration voulut mettre un frein à certaines pratiques qui sont parfois constatées peu avant la date d'un contrôle. Dans une instruction du 27 juillet 2011, l'Administration déclare que des avantages de toute nature non déclarés et qui devraient dès lors subir la cotisation sur commissions secrètes à l'impôt des sociétés, ne peuvent jamais être régularisés via une

[32] G. Henin, Avantages de toute nature non déclarés, Actualité comptable, 2013, n°4, p.4.
[33] Circulaire du Ci.RH.421/605.074 (AFER n°71/2010) du 1er décembre 2010.

imposition au titre de dépenses non admises, ou au moyen d'un ajustement comptable via le débit du compte courant du bénéficiaire. Cette interdiction n'est en fait pas neuve. L'instruction prévoit donc qu'à compter du 1er septembre 2011, des contrôles seront effectués par l'Administration pour veiller en interne au respect de cette interdiction. La règle est que qu'aucun avantage n'est imposable lorsqu'il est comptabilisé au débit du compte courant du bénéficiaire pendant l'exercice comptable au cours duquel il est octroyé (inscription a priori du compte courant). Ce qui en revanche n'est plus accepté, depuis l'instruction précitée, est l'attitude qui consiste à attendre la survenance d'un contrôle fiscal pour inscrire l'avantage en compte courant (inscription a posteriori). En novembre 2011, le Ministre des Finances semble nuancer quelque peu ses propos à l'occasion d'une réponse à deux questions parlementaires[34]. Selon le Ministre, « *l'application uniforme d'une disposition légale vise à une réduction du contentieux administratif et judiciaire. Mais l'application sans discernement de la cotisation distincte, visée à l'article 219 du CIR 1992, peut avoir des conséquences excessives et accroître le contentieux administratif et judiciaire. La situation qui consiste à ne pas établir de fiche de relevé et à attendre le contrôle fiscal pour inscrire le montant en question ne peut être acceptée. Mais il me semble raisonnable de tenir compte de la bonne foi d'une société qui aurait commis le manquement ou l'erreur, du caractère exceptionnel du défaut de déclaration, de l'importance relative du manquement du contribuable par rapport au respect de ses autres obligations fiscales, etc.* » Le Ministre ajoute que la circulaire du 1er décembre 2010 fera l'objet d'un nouvel addendum. Celui-ci, finalement daté du 23 décembre 2011[35], modifie quelque peu la position administrative en matière d'application des cotisations spéciales de 309 % sur commissions secrètes. D'une part, elle instaure une période transitoire jusqu'au 30 juin 2012, et, d'autre part, elle précise les cas dans lesquels il pourra être tenu compte de certaines tolérances administratives si un contribuable (de bonne foi ou par erreur) n'a pas repris certains avantages sur les fiches requises. L'addendum opère concrètement une double distinction. Il prévoit d'abord un régime transitoire selon que des contrôles ou des régularisations sont effectués avant ou après la date du 1er juillet 2012. Il établit par ailleurs une distinction entre les avantages de toute nature dont la valeur est évaluée forfaitairement, tels que ceux visés à l'article 18 de l'AR/CIR ou résultat de mise à disposition d'un GSM (les avantages de première catégorie) et les autres avantages (de seconde catégorie). Pour les avantages non déclarés de la première catégorie (par exemple ceux qui résultent de la mise à disposition gratuite d'un immeuble, d'une voiture de société, d'un PC ou de la fourniture de chauffage ou d'électricité) et qui apparaissaient lors d'un contrôle entamé avant le 1er juillet 2012, l'administration acceptait de renoncer à la cotisation sur commissions secrètes, à condition qu'ils puissent être réellement imposés dans le chef des bénéficiaires dans les délais légaux. Les avantages de la seconde catégorie (par exemple des séjours de pure villégiature aux frais de la société du dirigeant ou du travailleur qui en bénéficie, des cadeaux reçus d'un fournisseur ou d'un client, etc.) échappaient à la cotisation spéciale s'ils faisaient l'objet d'une déclaration spontanée avant le 1er juillet 2012 de la part de la société ou de la personne morale qui les a attribués. A compter du 1er juillet 2012, poursuit l'addendum, une attitude conciliante ne sera plus possible, l'administration pouvant appliquer la

---

[34] Question parlementaires orales n°6590 du représentant Clarinval et n° 6767 du représentant Wouters du 9 novembre 2011, Fisconetplus

[35] Addendum du 23 décembre 2011 à la circulaire CI.RH. 421/605.074 (AFER 71/2010) du 1er décembre 2010.

cotisation spéciale sur commission secrètes à tous les avantages qui n'auraient pas été mentionnés sur une fiche dans les délais requis, sous la seule réserve des « tolérances administratives ».

Consciente de la nécessité de ne pas gonfler inutilement le contentieux administratif mais aussi de ne pas engorger les tribunaux, l'administration précise ensuite, à la fin de son addendum, qu'elle pourra renoncer, même au-delà du 1er juillet 2012, à la perception de la cotisation sur commissions secrètes si un contribuable qui a commis le manquement ou l'erreur est « de bonne foi », si le défaut de déclaration est exceptionnel ou d'importance relative ou encore lorsque subsistent des « divergences d'interprétation quant à la nature d'un avantage social »[36].

Souhaitant restreindre les cas où la bonne foi est censée être reconnue, l'administration décide, pour ajouter à la confusion générale, de rédiger un nouvel addendum qui sera publié le 20 juillet 2012[37] . En substance, ce nouvel addendum, qui ne s'applique toutefois qu'aux seuls avantages évalués forfaitairement (ce qui en réduit fortement le champ d'application) prévoit qu'une cotisation distincte de 309% ne sera pas appliquée lorsque trois conditions cumulatives sont remplies : la régularisation résulte d'une erreur de calcul commise de bonne foi, le montant de l'avantage est très faible et le bénéficiaire a fait une déclaration spontanée de sa situation fiscale. Autant dire que les cas où il sera possible d'échapper à la cotisation spéciale ne seront pas légion. Par rapport au premier addendum, ce deuxième addendum confirme de la part de l'administration son intention d'appliquer la cotisation spéciale avec une grande sévérité et réduit considérablement les cas dans lesquels la bonne foi du contribuable pourrait être reconnue. L'addendum ajoute enfin quelques précisions nouvelles. Selon l'addendum, la tolérance s'applique aussi lorsque le bénéficiaire a repris l'avantage dans une déclaration régulière mais dans une rubrique erronée (par exemple, déclaration en revenu divers alors que c'est en réalité un revenu professionnel). Il est aussi précisé que les frais de restaurant exposés "exclusivement dans le cadre de l'activité professionnelle" mais qui ont un caractère "somptuaire" ne doivent pas être considérés comme des avantages de toute nature" de sorte qu'ils ne doivent pas être renseignés sur des fiches et ne peuvent donc pas donner lieu à l'application de la cotisation spéciale. Enfin, le paiement ou le remboursement par une société d'amendes de roulage ou d'amendes pénales encourues par un travailleur ou un dirigeant d'entreprise dans le cadre de sa vie privée ou dans le cadre de l'exercice de sa profession est, en principe, constitutif d'un avantage de toute nature dans le chef de la personne physique qui a commis l'infraction.

2. Une sanction disproportionnée qui a perdu son caractère indemnitaire. - Une telle cotisation qui remonte à une époque où les taux d'imposition à l'IPP étaient plus hauts qu'aujourd'hui, est clairement excessive. Comme l'écrivait l'avocat André Bailleux (La Libre Belgique, chronique du 1e octobre 2011), « *309%, c'est le tarif le plus élevé de tous les codes fiscaux belges* ! »

---

[36] Cette dernière tolérance vise par exemple l'hypothèse suivante : un cadeau est accordé à un travailleur en raison de son ancienneté mais, selon le contrôleur, il ne peut être qualifié d'avantage social car sa valeur est trop importante. Pour un tel avantage, le contrôleur ne peut infliger de cotisation distincte. D'une manière générale, l'idée est qu'une infraction ponctuelle ou d'un montant modique doit échapper aux foudres de l'administration

[37] ADDENDUM dd 20.07.2012 à la circulaire Ci.RH.421/605.074 (AFER N° 71/2010) dd 01.12.2010 et à son addendum du 23.12.2011, même numéro

Il nous parait dès lors opportun de revenir aux fondements de loi du 30 mars 1994 qui a instauré cette taxe. Les travaux préparatoires de cette loi ont introduit cette cotisation sur des revenus non déclarés en vue de dissuader le bénéficiaire d'un tel revenu d'échapper aux cotisations sociales et à l'impôt des personnes physiques.

Plusieurs auteurs ont démontré qu'aux taux actuels une société ne doit dépenser que 330,64 EUR pour pouvoir payer une rémunération nette de 100 EUR[38] En conséquence, un taux de cotisation spéciale de 230,64 % serait aujourd'hui parfaitement suffisant à titre de sanction pour les sociétés qui ne mentionneraient pas certains avantages sur les fiches fiscales requises. L'actuelle cotisation spéciale sur commission secrètes ne présente plus ce caractère indemnitaire visant seulement à compenser la perte de l'impôt et des cotisations sociales. Le professeur Garabedian écrivait à cet égard que « *le législateur a fixé le taux de la cotisation à 309% en supposant que la dépense non justifiée était passible des cotisations de sécurité sociale des travailleurs salariés et de l'impôt des personnes physiques au taux marginal le plus élevé de sorte que la cotisation excède souvent l'impôt et les cotisations éludés* ».[39] Dans la mesure où elle est d'un montant supérieur, cette cotisation spéciale a aujourd'hui un véritable caractère pénal, ce qui n'est pas admissible et soulève en outre des questions juridiques fondamentales. Monsieur l'avocat général Thijs nous explique aussi ce glissement progressif du caractère indemnitaire vers un caractère punitif[40]. « *L'histoire législative du régime fiscal en matière de commission secrètes fut non seulement liée à la volonté de compenser la perte du Trésor résultant de l'évasion fiscale en matière d'IPP et de cotisations sociales, mais va progressivement et ce depuis la loi du 30 mars 1994 (300% à partir 1995) acquérir un caractère dissuasif visant à lutter contre la fraude fiscale* ».

Dans un arrêt rendu la 19 janvier 2011, la cour d'appel reconnait le pouvoir du juge de modérer la cotisation distincte [41] et a jugé que « *la cotisation spéciale a également un caractère d'une sanction. Dès lors que la cotisation spéciale a un caractère répressif er dissuasif, la sanction de la cotisation spéciale a un caractère pénal tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans la mesure où la cotisation spéciale constitue une sanction, rien de ce qui relève de l'appréciation de l'administration ne doit échapper au contrôle du juge*. » Une position originale nous vient de Cour d'appel de Gand qui a considéré que la cotisation présentait un caractère indemnitaire pour 2/3 (jusqu'à 200%), mais constituait en revanche une sanction pour le surplus (1/3) qu'elle peut dès lors modérer[42].

Le professeur Garabedian note à cet égard que, puisque le juge dispose d'un pouvoir de contrôle, il est non seulement en droit d'examiner la proportionnalité entre la faute et la sanction mais il dispose du même pouvoir d'appréciation que l'administration[43]. Or, ajoute l'auteur, parmi ces pouvoirs figure celui de remettre ou réduire une amende sur la

---

[38] T. Jansen, « Is bijzondere aanslag toch straf? ", *Fisc. Act*, 2011, n°40 p.5.
[39] D.Garabedian, « Le pouvoir d'appréciation du juge à l'égard des amendes administratives fiscales et la cotisation spéciale sur »commissions secrètes », Liber amicorum Jacques Malherbe, Bruxelles, Larcier p.439 à 488
[40] Cass. 10 septembre 2010, RG n°F.09.012.N, www.juridat.be, conclusion de M. l'avocat général This
[41] Bruxelles, 19 janvier 20111, Fiscalnet ; lire à ce propos J.Van Dijck, « *Cotisation spéciale : le juge peut-il modérer la sanction* » , Fiscologue, n° 1245, p.1-2
[42] Gand, 3 février 2009, Monkey.
[43] D.Garabedian, op.cit. p.498 à 509.

base de l'arrêté du Régent du 18 mars 1831. Le juge pourrait dès lors renoncer à appliquer ou réduire une telle cotisation quand il estime que celle-ci est inopportune.

3. Un double renforcement législatif et administratif.- En réalité ce débat sur le caractère pénal des cotisations spéciales et du pouvoir modérateur du juge traduit à nouveau un problème de cohérence fiscale. Comme l'écrit Boris Zdravkov, « *Ces dernières années ont été marquées par un double renforcement, législatif et administratif, lequel a affecté la cohérence du régime et conduit à un accroissement des applications injustes et inopportunes de la cotisation distincte*.[44] »

S'il est totalement justifié de prendre des dispositions visant à pallier le préjudice subi par l'Etat en termes de recettes fiscale et de cotisations sociales, encore faut-il ne pas dépasser cet objectif, au risque de générer des taxations arbitraires. Un tel taux de 309 % ne peut décemment être maintenu car il est révoltant.

La dernière position administrative exprimée dans l'addendum du 20 juillet 2012 soulève par ailleurs un autre problème de cohérence qui concerne la relation employeur/employé. Puisque celle-ci prévoit un abandon de la cotisation distincte lorsque le bénéficiaire prend l'initiative de déclarer spontanément l'avantage dans sa déclaration, on suppose en conséquence un accord inconditionnel de ce dernier. Or, rien n'est moins sûr dès l'instant où le lien qui unit l'employeur et l'employé n'existe plus ? Imaginons que l'employé ait quitté la société après avoir été licencié ou après avoir démissionné avec fracas. Quelle garantie aura-t-on qu'il marquera son accord inconditionnel à une rectification de sa déclaration fiscale ? Une collaboration semble difficile à concevoir en pareil cas. Ce mécanisme risque d'envenimer sérieusement les relations de travail. Par ailleurs, comme le souligne Séverine Segier, *« ce type de solidarité ne ressortit de la loi et n'est pas autorisée par la loi.* »[45] Et l'auteur de plaider pour une réécriture de l'article 219 du CIR.

À l'heure où nous écrivons ces lignes, un avant-projet de loi, actuellement soumis au conseil d'Etat, n'est hélas pas de nature à nous rassurer puisqu'il maintient la taxation à 309%, tout en proposant une solution qui prive le fonctionnaire de tout pouvoir d'appréciation. La disposition envisagée conduit en outre à une double imposition économique. Une société pourrait éviter la cotisation spéciale à condition que le montant soit imposé au nom du bénéficiaire, qu'il soit établi "avec l'accord" du bénéficiaire (de sorte que tout contentieux soit écarté), et qu'il soit établi dans le délai d'imposition de trois ans (délai visé à l'article 354, al. 1, CIR). Mais dans ce cas, les commissions secrètes seront néanmoins rejetées en dépenses non admises. Ce régime risque de soulever de grandes difficultés pratiques.

D.3. Une interprétation restrictive de la notion de droits d'auteur qui crée la confusion

1. Droits d'auteurs soumis au précompte mobilier libératoire. -Une loi du 16 juillet 2008, publiée au Moniteur Belge du 30 juillet 2008, a mis en place un système de précompte mobilier libératoire sur les droits d'auteurs perçus par des personnes

[44] B. Zdravkov, Cotisation distincte sur commission secrètes : état des lieus ? Comptabilité et Fiscalité pratique, 2012/4, p.30
[45] S. Segier, Commissions secrètes : être ou ne pas être de bonne foi ? , Hebdo du 24 novembre 2012, Fiscalnetfr.be

physiques. La finalité de cette loi était de mettre un terme aux discussions interminables visant à déterminer la correcte qualification fiscale (revenus mobiliers, professionnels ou divers) qu'il convenait de donner à des droits d'auteur. Ce régime nouveau s'applique aux « *cessions et concessions de droits d'auteur et de droits voisins visés par la loi du 30 juin 1994* ». Les licences légales et obligatoires sont également visées. Le régime du précompte mobilier libératoire ne s'applique toutefois que sur la première tranche des droits d'auteur de 37.500 EUR (après indexation : 56.450 EUR pour l'exercice d'imposition 2014). Jusqu'à ce plafond, le précompte mobilier libératoire (qui ne doit donc plus être mentionné dans la déclaration fiscale) est de 15% Au-delà de ce plafond, le montant des droits d'auteur est soumis au taux ordinaire de l'impôt des personnes physiques (imposés comme revenus professionnels).

Le montant brut des droits d'auteur doit d'abord être diminué des frais réels exposés pour acquérir ou conserver ces revenus. Mais, à défaut de pièces probantes, le forfait pour charges sera de 50% pour la première tranche de revenus de 10.000 EUR (15.050 EUR pour l'exercice d'imposition 2014) et de 25% pour la tranche allant de 10.000 EUR à 20.000 EUR (15.050 à 30.110 pour l'exercice d'imposition 2014). Au delà de 20.000 EUR, aucune déduction forfaitaire de charges ne sera accordée[46].

Concrètement, grâce au précompte mobilier libératoire de 15% et à ces forfaits de charges, la perception d'un montant brut de 30.000 € au titre de droits d'auteur, donne lieu au paiement de (30.000 € - 11.290 € forfaits) x 15% = 2.806,50 EUR d'impôts ou 9,355% d'impôt final.

Par contre sur un montant brut de 10.000 €, il ne faut payer que (10.000 € - 5.000 €) x 15% = 750 € d'impôts ou 7,5% d'impôt final.

Selon des informations prises auprès de la SABAM, chaque année, plus de 10.000 personnes touchent des droits d'auteur et 90% d'entre elles reçoivent moins de 50.000 EUR de droits d'auteur sur une base annelle. La modification législative a donc été accueillie favorablement.

2. Précisions administratives sur le régime fiscal des droits d'auteur (avis du 4 décembre 2008) • En vue d'éclairer nos concitoyens, et faisant suite à diverses interrogations soulevées à l'occasion de la mise en place du régime, l'administration a très rapidement pris l'initiative de publier un avis en décembre 2008[47] qui devait être suivi par une circulaire imminente (et que l'on attend toujours). Dans l'avis de

---

[46] L'Avis du 4 décembre 2008 (voir supra) précise que ce forfait est applicable à tous les revenus visés par l'article 17, § 1er, 5°, du CIR 1992, à savoir les revenus de la cession et de la concession des droits d'auteur mais également les droits voisins et ceux provenant de licences légales ou obligatoires. Ce forfait s'élève à 50 % sur la première tranche de 10.000 € et à 25 % sur la tranche comprise entre 10.000 € et 20.000 €. Au-delà de ce plafond, l'Avis indique qu'aucun frais forfaitaire ne peut être porté en déduction. Cette affirmation a été traduite dans la déclaration fiscale qui offre le choix entre les frais réels et les frais forfaitaires, mais en limitant ceux-ci à 25%, sur la dernière tranche des revenus. Il est ainsi fait fi de l'article 3 de l'AR/CIR 1992 qui prévoit la possibilité de déduire un forfait général de 15% sur les revenus de «*la concession de tous biens mobiliers et de droits d'auteur*». Il paraît dès lors difficilement critiquable de supposer qu'au-delà du plafond de 20.000 €, le bénéficiaire de tels revenus ne puisse encore déduire le forfait général de 15%.

[47] Avis du 4 décembre 2008, publié au MB du 9 décembre 2008

l'administration fiscale, il est dit que la loi fiscale s'aligne sur les dispositions de droit civil et qu'il n'y a donc pas de discussion possible sur la nature des revenus visés par le nouveau régime fiscal. Mais l'avis ajoute toutefois que sont seuls visés les revenus perçus à l'occasion de l' "exploitation" d'une production intellectuelle ou artistique ainsi que les rémunérations versées dans le cadre des licences légales et obligatoires instaurées par la loi sur les droits d'auteur et des droits voisins. Une rémunération payée à un créateur d'une œuvre n'est donc pas un droit d'auteur. Pour étayer sa position, l'administration propose divers exemples. Ainsi, si un photographe indépendant prend des photos pour un journal, les honoraires perçus de ce journal seront des profits. Mais si ce photographe concède ou cède le droit de diffuser cette photo dans un ouvrage, les revenus de l'exploitation de cet ouvrage sont alors considérés comme des droits d'auteur. Cette distinction opérée par le fisc entre création d'une œuvre et exploitation ou diffusion de celle-ci a donné lieu à plusieurs critiques[48] car cette position apparait trop étroite dans certains cas. Une circulaire doit apporter les éclaircissements nécessaires en ce domaine.

3. Une réponse insuffisante à une question parlementaire récente. En réponse à une question parlementaire du député M. Uyttersprot[49] , le Ministre des Finances n'a pas (encore) apporté les éclaircissements tant attendus. Il évoque seulement de prochaines directives administratives dont tout porte à croire que, si elle conforte le point de vue restrictif actuel de l'administration fiscale, elles susciteront à nouveau de vives critiques. La question parlementaire partie sur la qualification des revenus perçus par des journalistes. Le député se fait l'écho de ce que de nombreux journalistes ont constaté que la distinction entre les revenus mobiliers et immobiliers est interprétée de manière très différente par divers services fiscaux. A Gand, le revenu est considéré comme professionnel à hauteur de 70% et comme droit d'auteur à hauteur de 30%, à Alost un système 50/50 serait privilégié. Ne nous éclairant guère sur ces pratiques, le Ministre se contente de dire que « *les revenus issus de rémunérations ou de bénéfices des professions libérales ne sont pas convertis en droits d'auteur dans le cadre du nouveau régime, de sorte qu'il convient de vérifier la nature réelle de la rémunération de l'auteur au cas par cas et sur la base des conventions qui ont été conclues. Il faut dès lors opérer une distinction entre la rémunération pour des prestations en tant qu'auteur, qui sont en principe imposables au titre de revenus professionnels, et la rémunération découlant de la cession ou de la concession des droits d'auteur et des droits voisins*. » .

4. Analyse.- Le régime fiscal des droits d'auteur tel que conçu par l'administration souffre d'une nouvelle incohérence résultant de l'interprétation, à notre sens erronée, qu'elle donne de la notion même de droits d'auteur. L'impression qui se dégage de l'insertion de ce nouvel article 17 §1er, 5° du CIR par la loi du 16 juillet 2008, et de la publication, peu de temps après, d'un avis interprétatif, est que l'administration fiscale semble avoir ouvert une porte pour la refermer peu de temps après. Or, le nouvel article 17, § 1, 5° du CIR renvoie explicitement[50] à la notion de droits d'auteur et de droits voisins, telle que visée « *par la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins* ». C'est donc vers cette loi qu'il convient de se référer dès lors qu'il convient de définir ce qu'il faut entendre par droits d'auteur. L'article 8, § 1er de cette

[48] J.P Bours, « Le nouveau régime fiscal des droits d'auteurs », Hebdo du 13 juin 2009, publié sur www.fiscalnetfr.be
[49] Commission des Finances de la Chambre, Compte rendu intégral, 19 février 2013, n° 53 COM 671, p.23.
[50] S. WATELET, *L'auteur & l'artiste face à l'impôt*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 117.

loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dispose à cet effet que « *Par œuvres littéraires, on entend les écrits de tout genre, ainsi que les leçons, conférences, discours, sermons ou toute autre manifestation orale de la pensée* ». Une telle notion est donc interprétée de manière assez large. La Cour de cassation avait d'ailleurs aussi précisé à cet égard qu' « *Il faut mais il suffit qu'elle [l'œuvre] soit l'expression de l'effort intellectuel de son auteur, condition indispensable pour donner à l'œuvre le caractère d'individualité nécessaire pour qu'il y ait création* »[51].

« *Les juridictions judiciaires ont ainsi considéré que constituaient l'expression d'un effort intellectuel : des conditions générales, une photo, un programme informatique, un manuel d'utilisation d'un téléphone portable ou encore un site Internet*[52]. *Les « compilations à caractère pratique » sont également à classer parmi les œuvres protégées par la loi du 30 juin 1994*[53]. *Comme précisé dans les travaux parlementaires de la loi du 31 août 1998 transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, « la qualité d'œuvre protégeable a été reconnue à des éphémérides administratives […], à un tarif notarial […], à un recueil contenant des informations financières […], à un livre d'église et de prières […], à un recueil de législation et de jurisprudence […], à un dépliant publicitaire pour des appareils de chauffage […], à une brochure-tarif d'assurances […], etc. »*[54]. »

Ces exemples démontrent que le fossé ne cesse de se creuser entre une administration fiscale dépassée et les contribuables qui d'ores et déjà ont naturellement tiré parti du champ d'application de loi relative aux droits d'auteur. L'administration semble aujourd'hui regretter d'avoir accordé ce trop beau présent qui lui fait perdre les recettes fiscales nécessaires. Les contribuables sont, eux, trop heureux de s'engouffrer dans la brèche ouverte. La jurisprudence fiscale viendra départager, au cas par cas, les deux parties. Il est fort à parier que les joutes risquent d'être épiques et que les décisions seront différentes selon les régions. La position du Ministre des Finances, exprimée récemment, selon laquelle des revenus qui avaient été initialement qualifiés de revenus professionnels ne peuvent en tout ou en partie être requalifiés en revenus de droits d'auteur, n'est en tout cas pas convaincante. En effet, pourquoi serait-il inconcevable que des revenus qui, par nature, ne peuvent recevoir que la seule qualification de revenus de droits d'auteur et qui avaient été au départ repris en revenus professionnels, ne puissent être considérés par le contribuable, depuis la nouvelle loi fiscale, comme des revenus mobiliers. Il ne s'agit pas de transformer artificiellement des rémunérations en revenus mobiliers, comme la question parlementaire semble le suggérer, mais seulement de restaurer la qualification juridique (et donc le traitement fiscal) appropriée à des revenus perçus par son bénéficiaire. La loi de juillet 2008 était certes la bienvenue puisqu'elle a allégé la charge fiscale de nombreux contribuables. Le ratio legis de cette loi était de garantir plus de sécurité juridique et de réduire le contentieux judiciaire. L'avis publié en décembre 2008 et la récente réponse du Ministre aboutissent hélas à

---

[51] Cass., 27 avril 1989, Pas., 1989, I, p. 908.
[52] S. WATELET, *op. cit.*, p. 18.
[53] F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 31.
[54] Projet de loi transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord. 1997-1998, 1535/1, p. 42.

l'effet inverse : la confusion reste totale et les litiges s'annoncent fréquents. Mais à qui la faute ?

E/ UN MANQUE DE COHÉRENCE DE L'ADMINISTRATION FISCALE VIS-À-VIS DES PROFESSIONNELS DU CHIFFRE[55]

L'ambiguïté de l'administration.- Nous abordons dans ce dernier chapitre l'attitude contradictoire de l'administration dans ses rapports avec les professionnels chargés de veiller au respect des obligations fiscales de leurs clients (comptables, conseils fiscaux, et expert-comptable).

D'une part, il leur est de plus en plus demandé de se substituer à l'administration en tant que dénonciateurs de fraudes constatées ou présumées ou en tant qu'exécutants d'obligations administratives qui, pour partie, incombaient jadis aux agents du fisc.

Les experts-comptables et conseils fiscaux se sont largement investis au cours des dernières années dans les relations électroniques avec le SPF Finances, facilitant l'encodage des données et lui permettant un meilleur contrôle des déclarations fiscales. Une grande partie du travail administratif a été déplacé vers eux.

Ces dernières années, les Instituts professionnels (IEC, IPCF) n'ont cessé de nouer, dans le cadre de protocoles de concertation avec le SPF Finances, des échanges constructifs notamment en matière de mise au point d'un calendrier sur la thématique des délais raisonnables de rentrée des déclarations fiscales, et plus globalement dans le cadre d'une réflexion conjointe prenant en compte l'intérêt général de l'Etat**.**

Mais, d'autre part, les professionnels du chiffre sont régulièrement épinglés par l'administration comme les premiers facilitateurs de la fraude.[56] Il n'est pas une semaine où ils ne sont pas stigmatisés. Il y a quelques années, Mr Zenner, commissaire du gouvernement, écrivait déjà « *Disons le tout net : il n'y a généralement pas de fraude fiscale grave et organisée sans le concours d'un conseil, seul à même de concevoir et de mettre en pratique des montages savants qui servent à échapper à l'impôt*".

Aujourd'hui, cette idée est de plus en plus partagée par nos élus.

En réalité, comme le soulignait il y a quelques années Thierry Afschrift, « *la fraude fiscale ne requiert pratiquement jamais des "montages savants", ni le recours à des conseillers d'un certain niveau professionnel. Les cas les plus connus d'opérations frauduleuses, et très justement combattues à ce titre, reposent en réalité sur des opérations délictuelles, voire criminelles d'une extrême simplicité. Ainsi les carrousels à la TVA reposent sur l'utilisation systématique de fausses factures, constatant soit des opérations portant sur des marchandises inexistantes, soit des opérations inexistantes*

---

[55] Ce texte a été rédigé par l'auteur à l'attention des membres de l'IEC. Il est publié sur le site de l'IEC et constitue l'éditorial signé par Benoit Vanderstichelen, Vice-président de l'IEC et publié dans la Revue générale de fiscalité.

[56] On peut également s'inquiéter de la hausse récente et brutale des amendes TVA, parfois infligées pour des infractions parfois mineures. De telles amendes heurtent le principe de proportionnalité et s'apparente à une forme de taxation dérivée. Frappant d'abord le contribuable, elles sont bien souvent répercutées sur le professionnel du chiffre qui en est tenu pour responsable.

sur des marchandises existantes, soit des exportations fictives de marchandises vendues en noir dans le pays. »[57]

Comment comprendre une telle attitude apparemment contradictoire ? L'une des explications possibles est à trouver dans l'évolution progressive du comportement de l'administration fiscale vis-à-vis de toutes les formes d'utilisation de la voie la moins imposée auxquelles a recours le contribuable ou son conseil. La confusion entre fraude fiscale et évitements licite est désormais totale. Le problème réside aussi dans le rôle que l'administration souhaite aujourd'hui faire jouer aux conseiller fiscaux et qui, pourtant ne peut leur être dévolu.

La nouvelle théorie du soupçon.- Quelle est loin l'époque bénie où les lois étaient simples, peu nombreuses et où l'on pouvait évoluer sous l'empire de la jurisprudence « Brepols ». De belles années où le contribuable et leurs conseils étaient présumés de bonne foi. Nous étions en 1962. Jadis, il suffisait, sans violer aucune loi, d'accomplir des actes juridiques dont on acceptait pleinement les conséquences juridiques, même si la forme donnée à ces actes n'était pas des plus normales et si ces actes pouvaient aboutir à réduire la charge fiscale. Depuis lors, beaucoup d'eau (pas toujours très claire…) a coulé sous les ponts et les différents ajouts apportés à notre arsenal législatif ont peu à peu forgé l'image d'un contribuable ou de son conseil présumé coupable sur le plan fiscal.

Cette « théorie du soupçon » s'est fortement développée ces dernières années et se trouve encore renforcée par les mesures fiscales en cours d'élaboration. A celui qui doute encore de ce glissement progressif, les exemples qui suivent devraient suffire à le convaincre.

- Evoquons d'abord les multiples présomptions d'évasion fiscale, éparpillées dans notre code fiscal, ouvrant largement les voies d'un renversement de la preuve (citons notamment les articles 54, 79, 207, 344 §2 et plus récemment, 198,10° du CIR), cette technique législative traduisant une évidente méfiance vis-à-vis de « procédés » mis en place par le contribuable ou son conseil. L'on sait également que le législateur n'a pas manqué aussi de prévoir des mesures fiscales visant à décourager des opérations qui semblaient jadis normales (fixation d'un taux distinct de 33 % sur les plus plus-values de cessation pour freiner le passage en société, limitation de la récupération des pertes en cas de restructurations de sociétés, etc.).

- Autre illustration, l'utilisation par le fisc de la théorie de la réalité économique dans la sphère fiscale (amorcée par la jurisprudence Au Vieux Saint Martin) est aujourd'hui constante et se manifeste dans de nombreuses dispositions fiscales (par ex. les fusions, scissions dont l'immunité est liée à la capacité de la société à démontrer l'existence de motifs exclusivement économique, voire dans la plupart des décisions du SDA Finances qui ne conditionnent l'octroi d'une décision favorable qu'à la réalisation d'objectifs économiques ou financiers.

[57] T. Afschrift, la responsabilité personnelle des conseillers professionnels des contribuables, publié sur le site Idefisc

- Comment ignorer également ce nouveau coup de canif à la liberté conventionnelle qu'est le nouvel article 344 §1er du CIR (abus fiscal), « sondeur » des intentions (a priori suspectes) du contribuable ? L'incompatibilité avec les objectifs de la législation fiscale doit être comprise à la lumière du concept de "construction purement artificielle". Tel est le cas lorsque l'opération ne poursuit pas les objectifs que sous-tend la législation fiscale ou est sans rapport avec la réalité économique. La brèche est ainsi largement ouverte aux contrôles « d'opportunité » effectués par l'administration.

- Que dire enfin dans ce climat de suspicion, des effets cumulatifs d'une inflation législative qui ajoute encore à la déstabilisation du contribuable et de son conseiller ? Tout récemment encore, la loi-programme du 27 décembre 2012 réformant notamment la fiscalité mobilière vient de nous en offrir l'une des plus criantes illustrations.

Dans ce contexte peu rassurant, les professionnels du chiffre doivent concilier leur rôle citoyen de gardien de la correcte application des lois fiscales (ce que d'ailleurs leur impose leur déontologie professionnelle) et leur mission d'assistance de leurs clients en vue de leur éviter des charges fiscales inutiles.

Mais le fardeau qui pèse sur leurs épaules est devenu aujourd'hui trop lourd.

Il faut d'abord et avant tout dénoncer ce mouvement de pensée, parfois véhiculé par des élus mal informés, favorisant l'assimilation tacite du professionnel du chiffre à un « facilitateur » de la fraude.

Même si elle a fait du chemin dans certains milieux politiques, nous opposons le plus ferme démenti à l'affirmation selon laquelle la fraude fiscale ne serait pas possible sans le concours de spécialistes à l'origine de conseils sur mesure, enfermant dans un même et rapide amalgame la recherche de la voie la moins imposée et la fraude fiscale.

Un tel postulat est inadmissible.

Dans le cadre de leurs activités professionnelles, les experts-comptables et conseils fiscaux sont un corps de spécialistes soumis à une déontologie stricte, contrôlée.

L'un de leurs premiers devoirs est guider leurs clients à travers les méandres d'une fiscalité chaque jour plus complexe. Cette mission mérite avant tout respect et non méfiance.

La réalité des faits nous apprend également que les montages fiscaux agressifs et hasardeux, régulièrement cloués au pilori, sont, en pratique, le fait et l'apanage de conseillers qui ne sont pas agréés.

Une confusion des genres inacceptable. - Ensuite, s'il est légitime d'associer les professionnels du chiffre à la lutte contre la fraude fiscale, il convient de pas perdre de vue que les rôles et pouvoirs respectifs des professionnels du chiffre et de l'administration fiscale sont distincts des uns et des autres, même si une forme de concertation, d'ailleurs aujourd'hui bien réelle, est souhaitable.

Dans le combat contre la fraude, le professionnel du chiffre ne saurait faire le « *boulot du contrôleur* » : ils ne disposent d'aucune des prérogatives d'enquête publique des fonctionnaires fiscaux alors même que la fraude se si situe bien souvent hors du champ du « visible », loin des « écrits » dont se sert l'expert-comptable. Peut-on reprocher à ce dernier « le noir » fait par son client, l'usage de faux commis alors qu'il ne pouvait en avoir connaissance ?

A l'heure où l'on souhaite renforcer la pénalisation de l'infraction de faux fiscal (un nouveau projet de loi vise à modifier l'article 450 du CIR), il est bon de rappeler que la jurisprudence a toujours considéré qu'un conseiller ne peut pas être considéré comme complice ou co-auteur d'une fraude fiscale du simple fait qu'il aurait dû connaître le but frauduleux. Sa connaissance doit avoir été « effective » et ne peut être présumée.

Est-il réaliste pour un professionnel du chiffre d'exiger de son client qu'il justifie la réalité de chaque facture qu'il lui présente, qu'il démontre le caractère professionnel de chaque dépense encourue, qu'il prouve qu'aucun revenu n'est dissimulé, qu'il n'est pas à l'initiative d'un carrousel TVA ?

Il est absurde de transformer un professionnel du chiffre en traqueur permanent de la fraude. C'est à l'autorité publique qu'il incombe d'effectuer les contrôles en ce sens, au moyen des pouvoirs d'investigation et de contrainte qui lui sont propres.

CONCLUSION

Face à cette inflation normative croissante, face à cette avalanche de circulaires qui ne se limitent plus à interpréter la loi fiscale ou à nous éclairer mais qui créent trop souvent de nouvelles conditions extra-légales, quelles recommandations pourrions-nous modestement suggérer en guise de conclusion ? Guillaume Glénard disait que l'obsession du législateur à vouloir tout prévoir, à sans cesse revenir sur l'ouvrage a pour conséquence que « *le droit bavarde* »[58]. Le droit fiscal non seulement bavarde mais il « bégaie » aujourd'hui. Il est évidemment aisé de se limiter à critiquer les lois trop compliquées, trop nombreuses, trop volumineuses, les circulaires inutiles ou injustes. Derrière chaque loi se cachent des enjeux sociaux et politiques qui contribuent à la complexité de la norme. Nous ne plaiderons donc pas pour une « simplification » de la loi fiscale. La simplification en ce domaine est un leurre, une revendication dérisoire. La société est devenue complexe, la vie des affaires appelle des nuances et des règles subtiles. Or, cette notion de simplification nous est servie est en toutes les occasions par le législateur (l'exemple de la transformation des déductions fiscales en réductions d'impôt au nom de la simplification est à ce titre emblématique) ou par le pouvoir politique. Comme l'écrit Nicolas Molfessis, « *la démarche dite de simplification du droit a tout d'une grossière mascarade. N'étant qu'un slogan, dont le sens est obscur et ambivalent, elle est devenue l'étendard d'une action publique qui cherche à labelliser une réglementation frénétique* ». [59] D'ailleurs, la simplification ne contribue pas forcément à la sécurité juridique. Il est en effet tout aussi légitime de disposer d'un corps de textes concis et simples que de règles très précises et détaillées qui donnent au contribuable le moyen de comprendre comment appliquer la loi fiscale.

Plutôt que de simplification, il faudrait plutôt revendiquer l'intelligibilité des textes fiscaux. Ce qui est intelligible selon le dictionnaire Larousse est ce qui peut être compris, saisi aisément. Boileau, que nous citions dans notre introduction nous servira à nouveau de guide éclairé. « *Il est certains esprits dont les sombres pensées sont d'un nuage épais toujours embarrassées ; Le jour de la raison ne le saurait percer* » écrivait-il. Les textes législatifs et administratifs semblent aujourd'hui sortis d'esprits particulièrement confus. En outre, le processus d'élaboration des lois ou circulaires semble déconnecté du processus de mise en oeuvre concrète de cette production législative ou réglementaire. Il devient difficile, voire impossible d'appliquer des textes dont la conception est au départ irréfléchie et précipitée.

Pour favoriser l'intelligibilité des textes fiscaux, nous osons, émettre quelques suggestions qui je l'espère seront entendues.

1.-

[58] *Guillaume Glénard, La conception matérielle de la loi revivifiée, RFDA 2005*

[59] N. Molfessis, « *Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même* », in Conseil d'Etat, rapport public, 2006, p.396

Il nous parait d'abord essentiel d'impliquer davantage les praticiens du droit fiscal dans le processus d'élaboration des lois fiscales, pour éviter une technocratisation de la matière et surtout l'introduction de règles totalement impraticables. Qu'il s'agisse par exemple du mécanisme de calcul de l'avantage de toute nature des véhicules mis à disposition, des nouvelles règles d'exigibilité de la TVA ou de déduction de la TVA sur ces mêmes véhicules , de l'introduction (fort heureusement abandonnée) de la cotisation spéciale sur revenus mobiliers, le constat est que ces règles kafkaïennes eussent pu être évitées si des professionnels du droit fiscal avaient été associés à leur élaboration et auraient pu exposer les difficultés et les lourdeurs qu'une loi envisagée allait provoquer. Concrètement, il nous semble qu'une concertation préalable pourrait s'envisager pour permettre aux professionnels du droit fiscal (essentiellement les conseils fiscaux et les experts-comptables qui doivent appliquer au quotidien les nouvelles mesures fiscales) d'exprimer leur point de vue et de faire état de leur expérience. Une plateforme de concertation entre le cabinet du Ministre des Finances et les instances des Instituts représentant les professions économiques serait la bienvenue. Une loi fiscale, obtenue à l'aide de cette collaboration positive, gagnerait en efficacité, en intelligibilité et n'aurait que plus de chances d'être acceptée positivement par les citoyens. Il ne s'agit bien entendu pas pour ces professions de se substituer au législateur mais d'apporter un concours technique à des concepteurs de lois souvent déconnectés de la réalité. Cette démarche constructive permettrait en outre à nos élus de mieux comprendre comment une loi fiscale s'exécute au quotidien. C'est aussi un moyen d'éviter de rédiger des textes inutiles ou inefficaces. Comme l'écrivait François Aubert, professeur de droit fiscal suisse, « *il ne se sert à rien de travailler soigneusement à une mauvaise loi, à rien non plus de faire une bonne loi qui est mal appliquée ; il est imprudent de ne pas se soucier des effets pervers qu'une mesure, bonne dans son principe, peut produire et qu'on n'avait pas prévus.*« [60] Une collaboration renforcée avec les professionnels de la fiscalité, le cas échéant sous la supervision de représentants du monde académique, permettrait d'éviter des malentendus et des effets désastreux lorsqu'il s'agit de mettre en application telle ou telle disposition. Plus globalement, cette solution vise aussi à replacer le citoyen au cœur du processus législatif. En matière de fiscalité des entreprises, cette collaboration avec des représentants du monde économique ne peut qu'être bénéfique, car elle rendrait la norme mieux comprise par les entrepreneurs et les dirigeants de sociétés. On n'ose imaginer les bienfaits qu'une telle intervention aurait eus dans les domaines sensibles et essentiels tels que ceux qui sont évoqués ci-dessus. Cette pratique s'inscrit d'ailleurs dans l'air du temps. Si l'on rend la parole aux concitoyens et si l'on permet à l'Etat d'être à leur service, n'est-il pas logique d'ouvrir le débat fiscal à tous ceux qui doivent appliquer la loi fiscale et être guidés par elle ?

[60] Jean-François AUBERT, Petit Commentaire, Zurich ; 2003, ad. Art.170, n° 6 et 7 Texte de la citation à vérifier : voir ci-dessus

2.-
Il faut à tout prix éviter que des textes de lois, volontairement ou involontairement, vagues et imprécis, soient complétés par une profusion de FAQ's ou par toute autre coulée continue administrative. Cela ne fait qu'embrouiller davantage le citoyen et constitue un tissu normatif dérivé. Tout laisse à penser aujourd'hui qu'une sorte d'accord tacite serait passé entre le législateur et l'administration, aux termes duquel le premier se contenterait de produire à la hâte un texte vague, imprécis, incomplet, voire illisible, sachant que le second ne ménagera pas ses efforts pour expliquer et interpréter le texte à sa manière en multipliant des dizaines de FAQ's qui affineront ou compléteront l'œuvre législative. Notre démocratie mérite mieux que ce genre de procédé parfaitement inacceptable et les besoins budgétaires immédiats n'excusent pas un tel glissement. Il faut plaider pour un rééquilibrage des rôles respectifs et donner au Parlement le temps et les moyens d'un travail de qualité. Il faudrait mettre fin à cet invraisemblable procédé qui consiste à produire à la hâte une loi programme, d'attendre ces fameuses FAQ's, puis de produire une loi de réparation, avant que celle-ci ne produise de nouvelles FAQ's qui, elles-mêmes appelleront une nouvelle loi correctrice. Si l'affaire n'avait d'importance, on en rirait presque. Comme l'écrivait jadis Chateaubriand, les lois (fiscales) sont-elles devenues « *de nouvelles écuries d'Augias* » . Si l'on ne retourne pas vers un renforcement du pouvoir législatif , c'est notre Etat de droit qui risque d'en pâtir.

3. -
Il conviendrait que l'impact des mesures adoptées soit davantage examiné. Un projet de loi de loi doit être accompagné d'une évaluation objective. Il ne s'agit pas seulement de vérifier les retombées en termes de recettes fiscales (l'exercice connait d'ailleurs de nombreux ratés, comme la perte de rentrées fiscales suite au fameux avantage de toute nature pour utilisation gratuite de voitures de sociétés). L'intelligibilité d'une mesure s'apprécie aussi par le fait qu'elle produit les effets attendus. S'est-on interrogé sur l'impact qu'une succession de réformes fiscales (comme celle de la fiscalité mobilière par exemple) peut avoir en termes d'image pour notre pays, d'instabilité juridique, de perte de compétitivité ou de découragement de l'esprit d'entreprenariat ? Se rend-on compte que des dispositions qui font exploser le montant des amendes TVA sont en train de mener nombre de sociétés vers de grandes difficultés de trésorerie ? Le raisonnement se fait à la petite semaine alors qu'il faudrait penser à long terme et, oserai-je dire, à 360 degrés. L'évolution des changements économiques, environnementaux et sociaux nécessite de ne pas s'arrêter aux seules considérations budgétaires, même si celles-ci sont évidemment essentielles. Il importe aussi d'étudier l'impact d'une mesure sur le secteur concerné, lequel pouvant être irrémédiablement fragilisé suite à son application.

4. -
Il faudrait restaurer le rôle du Conseil d'Etat. La plupart des lois récentes constituent des lois-programmes, de véritables lois « fourre-tout » où se cotoient des dispositions les plus disparates avec pour conséquence que la ratification par le Parlement se fait au terme d'une discussion rapide et superficielle et que le Conseil d'Etat n'a souvent que peu de temps pour les examiner. On ne compte plus les critiques et observations du Conseil d'Etat qui n'ont pas été rencontrées. Par exemple, le texte de loi relatif à l'obligation de déclaration des contrats d'assurance-vie conclus à l'étranger n'a même pas été soumis au conseil d'Etat car il ne faisait pas partie de l'avant-projet soumis à ce dernier. Ces pratiques ne sont évidemment pas innocentes et il est plus aisé de glisser l'une ou l'autre mesure fort impopulaire dans un océan législatif. Cette situation

renforce encore le constat que ce sont nos gouvernements qui font les lois et pas le Parlement. Le gouvernement ne se prive d'ailleurs pas de faire des « effets d'annonce » mettant le pouvoir législatif devant le fait accompli. L'urgence est invoquée sans raison. Les termes utilisés sont parfois équivoques ou varient d'une langue à l'autre, renforçant le sentiment d'insécurité. Certaines mesures favorisent tel ou tel groupe de contribuables au détriment d'un autre et l'on n'en perçoit pas toujours la raison. Une restauration du pouvoir du Conseil dans l'examen des projets de lois et une meilleure prise en compte de ses recommandations ne peuvent que contribuer à l'intelligibilité des textes.

5. -

De nombreuses circulaires récentes publiées par l'administration ne sont guère intelligibles, notamment par ce qu'elles traduisent une méfiance du fisc vis-à-vis du contribuable et une méconnaissance du monde de l'entreprise ? Il faudrait suggérer à l'administration d'adopter un autre regard sur l'entreprise et ses conseillers. Il m'a toujours paru regrettable que dans leur formation permanente, les fonctionnaires ne suivaient jamais le moindre cours consacré à la gestion et le fonctionnement de l'entreprise ou à la vie des affaires. Le fonctionnaire qui a cet énorme privilège de disposer d'un des biens devenu le plus précieux, à savoir le temps, ne devrait-il pas aussi comprendre quelquefois que le dirigeant d'une PME, noyé dans mille obligations administratives ou contraintes financières et toujours à la conquête de marchés nécessaires à la survie de son entreprise, peut ignorer telle ou telle réglementation fiscale microscopique sans avoir à subir les foudres administratives ? Laissons respirer les entreprises et ses dirigeants. Le contrôleur ne pourrait-il manifester aussi de temps à autre un peu plus de compréhension pour les comptables et autres professionnels du chiffre qui sont tenus à veiller sans arrêt au respect de délais contraignants et agissent sous la pression de clients de plus en plus exigeants. Il n'échappera à personne que la profession d'expert-comptable est devenue de plus difficile, en raison de la multiplicité et la complexification des tâches que requiert la fonction. Aux côtés des principes de bonne administration, de sécurité juridique et de légitime confiance qui ont été maintes fois consacrés par la jurisprudence, il ne me paraîtrait pas inutile d'adjoindre un nouveau principe, assorti de sanction en cas de non-respect et destiné à pallier d'éventuelles situation abusives : le principe de courtoisie. Face à des contribuables (voire à des comptables et fiscalistes) souvent désorientés par la diversité des dispositions et obligations fiscales et la multiplicité croissante des dispositions fiscales, l'administration, titulaire de l'imperium, se doit d'avoir une attitude plus conciliante. Ce n'est pas faire preuve d'angélisme que de plaider pour une vision plus humaniste de la relation contrôleur/ contrôlé. Il ne s'agit bien sûr nullement de contester au fisc le droit de faire appliquer toutes les lois fiscales et de veiller à la correcte perception de l'impôt, mais de rappeler qu'il doit le faire dans des limites acceptables et raisonnables. Comme l'écrit le professeur Baltus, « *une administration ne peut user de ses pouvoirs que pour réaliser les objectifs en vue desquels ces pouvoirs lui ont été données et doit proportionner son action à ces objectifs* »[61]. Les circulaires récemment émises et que nous venons de commenter révèlent que certaines limites ont pourtant été dépassées.

----

[61] Principes de droit fiscal, cours de l'ESSF, 1992, p.37